

Proceso No 24252

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.95

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil siete (2007).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 18 de noviembre de 2004, que al conocer del recurso de apelación contra la sentencia emitida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial que lo condenó como coautor de un doble homicidio en concurso con porte ilegal de armas de fuego, la modificó al tenerlo ya no en calidad de coautor de los delitos contra el bien jurídico de la vida, sino como cómplice.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la noche del 11 de agosto de 2000 cuando se encontraban Andrés Adolfo Perea Neira y Julián Andrés Castrillón Pineda (miembro de la Policía) en el establecimiento de comercio denominado “Liquor Express” ubicado en la avenida 19 N° 116-30 del barrio

Santa Bárbara de Bogotá, recibieron múltiples heridas por proyectil de arma de fuego a consecuencia de las cuales fallecieron.

Cerca del lugar de los hechos, miembros de la autoridad policial dieron captura a Carlos Alberto Moncada Ospina quien portaba un arma de fuego y un teléfono celular perteneciente a Raúl Andrés Oyola Zapata, aparato en el cual recibió dos llamadas de DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA en las que le daba indicaciones de un sitio para encontrarse. Por el relato del aprehendido se estableció que acompañó al autor material de los hechos Oyola Zapata, y que GUERRERO OTÁLORA había suministrado el dinero para cancelar el hotel donde se hospedaba aquél, además, ese día los había trasladado a un apartamento y después a un establecimiento vecino a aquél donde sucedieron los hechos delictivos.

La Fiscalía abrió formal investigación penal en contra del capturado Carlos Alberto Moncada Ospina, y luego de escucharlo en indagatoria, le resolvió la situación jurídica mediante proveído de 16 de agosto de 2000 con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de la libertad provisional, como presunto coautor de dos delitos de homicidio en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, mismos punibles por los que se profirió el 9 de enero de 2001 resolución de acusación en su contra.¹

Ordenada la ruptura de la unidad procesal, se prosiguió el diligenciamiento respecto de DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA y Raúl Andrés Oyola Zapata, pero al no ser posible su comparecencia procesal se les vinculó mediante declaración de persona ausente y una vez se les designó representante judicial, su situación jurídica se resolvió mediante decisión de 17 de mayo de 2002 con medida de aseguramiento de detención preventiva por el concurso de dos delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por los cuales también se profirió resolución de acusación el 19 de junio de 2002, providencia que al no ser objeto de impugnación adquirió firmeza el 9 de julio

de la misma anualidad.

La fase del juicio la adelantó inicialmente el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, pero luego continuó en el despacho Veintisiete de la misma categoría que ya había conocido del diligenciamiento al emitir sentencia contra el primer vinculado, Carlos Alberto Moncada Ospina, de manera que tras adelantar el acto público de juzgamiento y una vez que DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA fue capturado el 10 de febrero de 2004 profirió fallo el 3 de marzo de 2004 mediante el cual lo condenó, conjuntamente con Raúl Andrés Oyola Zapata, como coautores del concurso delictual objeto de acusación a la pena principal de veintitrés (23) años y cinco (5) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años.

Inconforme el defensor de DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA, apeló la decisión, y el Tribunal Superior de Bogotá mediante fallo de 18 de noviembre de 2004 la confirmó pero modificó solamente el grado de participación al tenerlo como cómplice de los punibles de homicidio, y no como coautor, por ende, redujo la pena al fijarla en doce (12) años y cinco (5) meses de prisión, dejando la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en los diez (10) años fijados por el a quo. (Por no ser objeto de impugnación, no se modificó la sanción impuesta a Raúl Andrés Oyola Zapata coautor de los mismos ilícitos).

El mismo sujeto procesal insiste a través de la impugnación extraordinaria con la presentación de la correspondiente demanda que en su oportunidad se la declaró ajustada a los requisitos de forma, sobre la cual recibió el concepto del Ministerio Público.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación, el defensor formula dos cargos por violación indirecta de la ley sustancial, tanto por error de hecho, debido a un falso juicio

de identidad, como por error de derecho motivado en un falso juicio de legalidad, en su orden.

Primer cargo:

Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho

De la premisa relacionada con que la intervención de su defendido en el hecho fatídico fue meramente incidental, critica al Tribunal por haberle otorgado credibilidad al dicho del co-procesado Carlos Alberto Moncada Ospina y poner en su boca algo que nunca refirió acerca de que DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA fue la persona que llevó el arma y se la entregó a él, cuando la prueba indica que quien sacó un arma de la maleta fue Raúl Andrés Oyola Zapata, que además estaba de viaje conjuntamente con Moncada Ospina, y por lo tanto, no había razón para que GUERRERO tuviera una maleta en la ciudad de Bogotá, ciudad en la que residía.

Pone de manifiesto que de tal postulado falso infiere el Tribunal que su representado tenía conocimiento del delito, lo aceptó y permitió que tal agravio tuviera materialización llevando a los autores hasta el sitio de los hechos, ubicándolo así en la coordinación y organización del punible, cuando no hay referencia directa o indirecta en el dicho de Moncada Ospina acerca de que GUERRERO OTÁLORA hubiera llevado la plata para pagar a los sicarios, organizado la salida del agresor material del sitio de los hechos o señalado a las víctimas, pues ni siquiera las conocía, ya que éstas vivían fuera de Bogotá, sin que tampoco exista un móvil de su parte en los homicidios.

Para el libelista, de simples conjeturas el Tribunal afirma que su defendido llevó el arma de fuego y condujo a los autores del punible a media cuadra del lugar de los hechos, cuando Moncada Ospina manifestó que sólo estuvieron a cuadra y media o una cuadra del sitio de los hechos y que para llegar a la licorera donde estaban las víctimas había que voltear una esquina.

De otro lado, señala que surgen serias dudas de la responsabilidad de GUERRERO OTÁLORA, porque no es posible que como ciudadano residente en Bogotá, organice el atentado a dos personas que no viven en ésta ciudad, máxime que no hay pruebas de que él supiera que esa noche las víctimas fueran a estar en el establecimiento donde sucedieron los hechos.

De la misma manera, refuta al Tribunal por estructurar el indicio en contra de su asistido por no haber comparecido a la justicia, sin sopesar el contraindicio relacionado con que permaneció con sus contactos familiares, al punto que por ellos se produjo su captura, además, destaca que nunca le fue enviada una comunicación telegráfica a la dirección de la residencia paterna a fin de brindarle la oportunidad de conocer del proceso para garantizar de esa manera la defensa material.

Señala que tampoco tuvo en cuenta el Tribunal varios contraindicios como el relacionado con la falta de móvil de parte de su defendido para atentar contra la vida de las víctimas a quienes no conocía, así como el de no presencia en el sitio de los hechos referida por el partícipe Moncada Ospina y los testigos José Arquímedes Carvajal Lombana y Ricardo Barreto Ortiz.

Asimismo, anota que no se analizó el contraindicio de falta de oportunidad, ya que se trata de un desposeído que anda con carros prestados, no tiene apartamento y vive de la apariencia de desempleado, circunstancias que permiten inferir que no tenía dinero para pagar dos sicarios.

Finalmente, aduce que si el Tribunal no hubiera partido de la premisa falsa, no habría tenido base para la ilación de indicios con grado de probabilidad, debiendo aplicar en consecuencia, el principio in dubio pro reo, y como contrariamente lo juzgó por un acto que no cometió, con tal proceder infringió los principios de legalidad, presunción de inocencia, debido proceso y derecho a la defensa.

Por lo anterior, solicita a la Sala casar la sentencia y emitir la de reemplazo de carácter absolutorio a favor de su representado.

Segundo cargo:

Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho

El casacionista denuncia que el Tribunal no debió otorgar valor probatorio a la declaración-indagatoria de Carlos Alberto Moncada Ospina porque no reunía los requisitos legales para ser tenida como prueba.

Destaca que la indagatoria, al momento en que el procesado hizo cargos contra terceros se debió interrumpir para tomarle el juramento con las correspondientes advertencias previas, o seguidamente, tomarle una declaración, o si contrariamente era una atestación, debió advertírsele desde un inicio la toma de juramento y las obligaciones que ello aparejaba, sin embargo, agrega, la diligencia se escindió para tenerla en ocasiones como indagatoria y en otros como declaración.

En su criterio, la ilicitud de la probanza radica en la pretermisión de la imposición del juramento, los deberes, obligaciones y posibles consecuencias en caso de faltar a la verdad, de ahí que no se pueda apreciar como prueba, por lo que solicita su exclusión y las que se deriven de ella como los indicios que estructuró el Tribunal.

En consecuencia, pide a la Sala casar el fallo para emitir uno de reemplazo de carácter absolutorio para su asistido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal sugiere a la Sala no casar el fallo conforme con los cargos formulados, pero hacerlo de manera oficiosa ante la

violación de las garantías del procesado por haber sido incluida una circunstancia de mayor punibilidad que no fue imputada en la resolución de acusación.

Primer cargo:

Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho

Acerca del falso juicio de identidad denunciado, asevera la Delegada que si bien el partícipe Carlos Alberto Moncada Ospina no expresó que DANIEL GUERRERO OTÁLORA fuera la persona que sacó el arma, sino que lo hizo Raúl Oyola Zapata, y en un aparte de la sentencia se le atribuye a aquél tal hecho, esa falta de identidad de la prueba no reviste la trascendencia que el demandante pretende otorgarle porque más adelante en el texto del fallo se advierte el análisis de la entrega del arma a Moncada Ospina por parte de Raúl Andrés Oyola Zapata.

Para la Procuradora, independientemente de quien haya entregado el arma, es evidente que se estaba ante una organización delincuencia en la que cada sujeto tenía un rol por cumplir con un designio criminal dirigido a segar la vida de Castrillón Pineda y Perea Neira utilizando para ello armas de fuego.

De otro lado, considera que sólo responden al criterio personal del defensor las críticas que funda por no haberse demostrado que GUERRERO OTÁLORA aportara el dinero para hacer pagar los sicarios u organizara la salida de Oyola Zapata y Moncada Ospina, dado que existen hechos indicadores para la estructuración de los indicios que unidos entre sí llevan a la certeza de su responsabilidad en el concurso delictivo investigado, sin que su intervención pueda ser catalogada como meramente circunstancial, al punto que canceló la estadía de Raúl Oyola, lo llevó luego a un apartamento para que pernoctara, el día de los hechos lo condujo a un sitio colindante al lugar del homicidio, y recién sucedió el atentado llamó en dos oportunidades al teléfono celular de Raúl para saber donde estaban y acordar donde debían encontrarse lo que denota su

compromiso directo, pues no sólo estuvo con el autor material el día de los hechos en diferentes momentos y conversó con él antes de su realización, sino que buscó comunicarse con él y con los otros partícipes después del suceso.

Por último, destaca la Procuradora que no tiene incidencia el conocimiento previo de las víctimas pues la experiencia enseña que en los homicidios cometidos por medio de sicarios éstos son desconocidos para las víctimas lo que facilita la operación e impunidad de los actores.

Segundo cargo:

Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho

Acerca del falso juicio de legalidad por fundamentar la sentencia en la indagatoria-declaración del procesado Carlos Alberto

Moncada Ospina, señala que si bien efectivamente no se le tomó el juramento de rigor cuando formuló cargos contra terceros que la ubicaría como prueba ilegal por desconocer en su producción las formalidades previstas en el ordenamiento, conforme con la doctrina de la Corte ello no afecta la validez ni la eficacia de la probanza porque conserva su calidad y debiendo ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica y los parámetros del artículo 277 de la Ley 600 de 2000.

Casación oficiosa

Por considerar que se vulneró el derecho de defensa del procesado por haber sido incluida en el fallo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal —obrar en coparticipación criminal— que no fue deducida en la resolución de acusación y al sorprenderse con una imputación que no tuvo la oportunidad de controvertir, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo mediante su exclusión con

la correspondiente redosificación punitiva.

Destaca que la situación redundó negativamente en la situación del enjuiciado, pues a pesar de la degradación de su participación de coautor a cómplice, la pena se ubicó dentro del segundo cuarto punitivo cuando correspondía fijarla en los rangos del primero.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho

A través del yerro fáctico por falso juicio de identidad, pretende el censor modificar el fallo condenatorio para su defendido al considerar que el Tribunal tergiversó el dicho del inicial vinculado Carlos Alberto Moncada Ospina al poner en su boca afirmaciones que no realizó relacionadas con que DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA entregó un arma de fuego a Raúl Andrés Oyola Zapata, a la postre ejecutor de los homicidios.

Efectivamente en la indagatoria rendida por Moncada Ospina, tras relatar que DANIEL ALFREDO GUERRERO le suministró a Raúl Oyola el dinero para cancelar el hotel en el que éste se hospedaba y que luego les consiguió un apartamento que estaba desocupado y carecía de los servicios públicos trasportándolos en un carro BMW de color azul, indica que: "...por ahí a la hora y media más o menor a RAUL lo llamaron al celular, DANIEL lo llamó, y se me hizo muy raro por que inmediatamente después de las llamadas llegó al apartamento donde nosotros estábamos, RAUL sacó de la maleta una pistola calibre nueve milímetros, me dijo Caliche, vamos a hacer una vuelta, yo cogí la pistola y me la metí aquí en el pantalón..." (subrayas ajenas al texto), en tanto que en el fallo se anotó que Moncada había manifestado que "...estuvimos en el apartamento de un señor Daniel Guerrero y allá de su maleta, Daniel sacó un arma, creo que una pistola.", lo que claramente constituiría una distorsión de su dicho.

Sin embargo, la disparidad acerca de quien sacó el arma con la tergiversación del ad

quem al plasmar que el artefacto bélico había sido entregado por DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA, como lo anota la Procuradora Delegada, ello no tiene la entidad que le quiere otorgar el libelista porque seguidamente al analizar los hechos atentatorios contra el bien jurídico de la vida claramente el juez plural puso de manifiesto que según las manifestaciones de Moncada Ospina, luego de que DANIEL GUERRERO los ubicó en un apartamento desocupado, “Allí Raúl le entregó un arma a Moncada, para que lo acompañara a hacer una vuelta y fueron llevados por Daniel.”, de lo cual se establece que las manifestaciones de Moncada Ospina fueron aprehendidas en su real sentido objetivo.

Además, resulta diáfano que la inicial “transcripción” del Tribunal estuvo relacionada con el delito de porte ilegal de armas de fuego para predicar la cointermedios de GUERRERO OTÁLORA al destacar el criterio jurisprudencial acerca de que todos los que sean concedores de la circunstancia delictiva referente al porte ilegal de armas participan de ella sin que sea menester el llevarlas en la mano o en la cintura.

En ese orden, no partió el Tribunal de una premisa falsa para quebrantar los principios formales del conocimiento y arribar a conclusiones erradas acerca de la participación accesoria de DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA en los homicidios, pues se deducía que tenía conocimiento que iban a matar a unas personas toda vez que vio cuando recibió Moncada la pistola y Oyola indicó que iban a hacer una “vuelta”, además, pagó la cuenta del hotel de éste, los ubicó en un apartamento, los llevó cerca del lugar de los hechos y luego de acaecido el punible estuvo pendiente para ubicar y ayudar a los partícipes.

Edificó así el fallador el indicio de manifestaciones anteriores al delito de acuerdo con las reglas de la experiencia que enseñan que frecuentemente el autor de un hecho delictivo despliega una serie de actos que tienen que ver con la preparación u ocultación de su actividad, los cuales se dibujaban en la colaboración para cancelar la estadía hotelera del ejecutor, conseguirle un nuevo sitio para su alojamiento, facilitar el

transporte para ello y para la ubicación cerca del lugar de los sucesos.

Igualmente, del mismo dicho de Moncada Ospina el juzgador resaltó la asistencia que DANIEL ALFREDO GUERRERO ofreció con posterioridad al hecho luctuoso al llamar al teléfono celular de Raúl y preguntarle a Moncada por el lugar en el que se encontraba y referirle un sitio en el cual se podían reunir, circunstancias que denotaba la cooperación dolosa para con los otros procesados al favorecer la comisión del delito, sin tener el dominio del hecho.

De otro lado, la Sala advierte que la razón le es por completo ajena al defensor al refutar el indicio estructurado por no haber comparecido el procesado al trámite judicial, por cuanto resulta diáfano que pese a la captura de copartícipe Carlos Alberto Moncada Ospina el mismo día de los hechos (11 de agosto de 2000), y de que la Policía no lograra la aprehensión de GUERRERO OTÁLORA en el sitio que le refirió a aquel para su encuentro, no fue posible lograr su vinculación mediante indagatoria, ni aún con la orden de captura que se libró en su contra, y pese a tener conocimiento del incidente no se preocupó por comparecer a la justicia, y sólo fue capturado el 10 de febrero de 2004.

En ese orden, subrayó el Tribunal que proporcionada la defensa técnica desde que se le declaró persona ausente, el procesado hubiera podido otorgar poder a un abogado para que representara sus intereses y ejercer su defensa material, de ahí que la queja que funda el censor porque no se le citó al domicilio paterno para garantizar su defensa material carezca de toda fundamentación, así como el contraindicio que pretende edificar porque en su parecer la vida del procesado continuó normalmente al tener contacto con sus familiares.

La ausencia de móvil para la realización de la conducta respecto del procesado tampoco

constituye entidad suficiente para exonerarlo de su participación accesorio, porque como lo destaca la representante de la Procuraduría, tratándose de hechos delictivos cometido a través del pago a sus autores materiales, como en el caso de sicarios, no se requiere algún interés con la víctima, menos aún vínculo o conocimiento con la misma, pues ello se limita a ubicar al sujeto pasivo del delito como blanco a ejecutar, sin más.

Así las cosas, el reproche no tiene alguna vocación de prosperidad.

Segundo Cargo

Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho

En esta oportunidad, acude el libelista a postular un falso juicio de legalidad porque en su concepto la indagatoria-declaración del co-procesado Carlos Alberto Moncada no cumplía con los requisitos legales para ser tenida como prueba, principalmente porque no se le tomó el juramento de rigor cuando hizo cargos contra terceros, por lo cual solicita su exclusión así como de los indicios que se estructuraron a partir de ella.

Efectivamente, cuando se trata de atacar la eficacia dada por el fallador a un medio probatorio que contiene vicios en su producción o aducción procesal, se deben exponer las formalidades omitidas y su incidencia en el fallo y cómo, tras su apropiada exclusión del caudal de pruebas se arribaría a una decisión diferente y en este caso favorable para el procesado.

En relación con la cláusula de exclusión probatoria un tal postulado constitucional como el del inciso final del artículo 29 del texto superior tuvo como desarrollo legal los artículos 250 y 253 del Decreto 2700 de 1991 en los cuales se establecía el rechazo de las pruebas obtenidas ilegalmente, a la vez que en materia de libertad probatoria el respeto de las garantías y derechos fundamentales.

Es evidente que los referidos preceptos contenidos en dicha codificación instrumental penal fueron modificados a través de los artículos 235 y 237 de la Ley 600 de 2000, manteniendo íncito el rechazo de la práctica de pruebas “legalmente prohibidas”, y la demostración “con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial”, de los elementos estructurales de la conducta punible, la responsabilidad por la misma, las causales de agravación y atenuación punitiva, las excluyentes de responsabilidad así como la naturaleza y la cuantía de los perjuicios, pero siempre bajo el más estricto respeto de los derechos fundamentales. De ahí que se discierna en uno y otro caso acerca de las nociones relativas a prueba ilícita ilegal y prueba ilícita constitucional. 2

Efectivamente, no queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se deriven de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que constitucional o legalmente no es válida de acuerdo con los criterios basados en la jurisprudencia anglosajona acerca de la “Teoría de los frutos del árbol envenenado”, (fruit of the poisonous tree doctrine) que paulatinamente también ha establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma, como la que se desprende o es consecuencia de ella al fijar salvedades que llevan a escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja que hace tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de (i) una fuente independiente (independent source), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o cuando tiene un vínculo atenuado (purged taint) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (inevitable discovery) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho.

El censor parte de la base de que la indagatoria de Carlos Alberto Moncada Ospina no puede tenerse como válida, y por ello se debe excluir del caudal probatorio, así como los indicios que se construyeron a partir de ella, y aunque el artículo 357 del Decreto 2700 de 1991 bajo cuya vigencia se recepcionó tal diligencia, preceptuaba que si el indagado

declaraba contra otra persona se le debía volver a interrogar bajo juramento como si se tratara de un testigo, aspecto reproducido en el artículo 337 de la Ley 600 de 2000, con las implicaciones que ello apareja relacionadas con la amonestación previa acerca de la importancia y consecuencias penales, la ausencia de la amonestación y toma de juramento no vician la aludida indagatoria, porque ante la dual característica de medio de defensa y medio de prueba hace que el juramento que se toma cuando el indagado atribuye cargos contra terceros ratifique sólo el compromiso de su responsabilidad en relación con esas declaraciones y para eventualmente ser investigado por un falso testimonio en el caso de que haya faltado a la verdad.

De tiempo atrás la Corte ha precisado que: "...por omitirse juramentar al indagado frente a los cargos que lanza contra terceros, la versión dada en esas condiciones no pierde validez ni eficacia porque conserva su calidad de prueba, que como tal debe ser apreciada por el funcionario judicial con apego a las pautas de la sana crítica y en especial con los criterios de evaluación fijados por el artículo 277 de la Ley 600 de 2000, equivalente al 294 del Decreto 2700 de 1991. El único efecto adverso de la falta de juramento es la imposibilidad de investigar a quien declaró falsamente"³

Así las cosas, al no entrañar el juramento del indagado cuando hace sindicación contra terceros, condición de validez de tal acto procesal, no genera nulidad de la indagatoria, pues los efectos de tal omisión se analizarán en relación con las imputaciones realizadas, de ahí que no constituya un desafuero su análisis como declaración y como injurada.

Por lo tanto, tampoco pueden tenerse como ilegales los indicios estructurados en contra del procesado referidos a los hechos indicados de que daba cuenta el copartícipe Moncada Ospina en su indagatoria en la que refería toda la actividad de DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA tanto antecedente como posterior a la ejecución de los homicidios al precisar que entregó dinero a Raúl Oyola para cancelar la cuenta del hotel,

los llevó hasta un apartamento desocupado carente de servicios y luego los transportó hasta cerca del lugar de los hechos, acciones todas facilitadoras para la occisión, amén de que con posterioridad llamó al teléfono celular del autor material, Raúl Oyola, para averiguar su sitio de ubicación y acordar uno para su encuentro que también denota su colaboración tendiente a buscar la impunidad del delito.

En estas condiciones, el reproche no prospera.

Casación Oficiosa

Acoge la Sala la petición elevada por la representante del Ministerio Público ante la necesidad de acudir a la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 por haber incluido el juzgador la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10º del artículo 58 del nuevo Código Penal —obrar en coparticipación criminal— que no fuera deducida en la resolución de acusación, lo que a la postre lo hizo ubicar dentro del ámbito de punibilidad en el segundo cuarto cuando correspondía fijar la pena dentro del primero.

Efectivamente, en la resolución de acusación no se advierte la inclusión de la nomenclatura legal de la circunstancia de intensificación punitiva, ni se puede establecer del recuento fáctico que el propósito del ente acusador haya sido atribuirle al inculpatado.

Es sabido que la inclusión de circunstancias de mayor o menor punibilidad en la acusación, siempre que no hayan sido previstas de otra manera, tiene clara trascendencia, no sólo por su necesaria discusión y contradicción para establecer el equilibrio de las partes, sino porque ellas se reflejaran en el proceso de dosificación punitiva previsto en la Ley 599 de 2000, por el que optó el juzgador, pues fijados los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de tales extremos punitivos (v.gr. causales de agravación

específicas del delito), establecerá según la concurrencia de causales de mayor o menor punibilidad, el cuarto o cuartos dentro de los que deberá determinar en concreto la pena a través de la ponderación de los factores concernientes a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el específico caso.

En este caso, el juzgado de primer grado al tener a DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA como coautor de los comportamientos e incluir la causal de mayor punibilidad ya anotada, concurrente con circunstancias de menor punibilidad, se ubicó en el segundo cuarto punitivo, [192 a 228 meses de prisión], no partió del mínimo al adicionar cinco (5) meses más y fijar en ciento noventa y siete (197) meses (dieciséis años y cinco meses) la sanción para el primer homicidio a los que sumó siete (7) años más por los delitos concurrentes de homicidio y porte ilegal de armas de fuego para un total así de veintitrés (23) años y cinco (5) meses de prisión.

Por su parte, el Tribunal pese a que modificó el grado de participación en los delitos de homicidio al tenerlo ya no como coautor, sino cómplice, acogió la dosificación punitiva del a quo, y fijó la sanción en doce (12) años para tales ilícitos a los que incrementó cinco (5) meses por el porte ilegal de armas para un total de doce (12) años y cinco (5) meses de prisión.

En este orden, resulta diáfano que la sentencia desbordó los términos y alcances de la acusación al sorprender con la inclusión de la circunstancia de mayor punibilidad no conocida por el enjuiciado, yerro trascendente pues el ámbito se ubicó en el segundo cuarto punitivo, cuando correspondía fijar la sanción dentro del primero, lo que impone

que a través del ejercicio de la facultad oficiosa la Corte lo corrija.

Por lo anterior, es necesario entonces, eliminar como criterio de dosificación de la pena la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 10º del artículo 58 del nuevo Código Penal que incluyó el juzgador singular y partir por consiguiente del primer cuarto punitivo establecido para el delito de homicidio cuando se trata de un cómplice, que implica una disminución de la pena de una sexta (1/6) parte a la mitad (1/2).

En consecuencia, la pena de trece (13) a veinticinco (25) años para el homicidio, por la disminución del grado de participación accesoria se ubica entre setenta y ocho (78) meses a doscientos cincuenta meses (250) meses de prisión, y su primer cuarto punitivo se establece en el rango de setenta y ocho (78) meses a ciento veintiún (121) meses, de manera que sin tener en cuenta el porcentaje de intensificación punitiva tenido en cuenta por el a quo —por cuanto corresponden a quien asume el rol principal de coautor—, pero acogiendo los criterios para no partir del mínimo en razón de la preparación del ilícito, el bajo respeto por la vida humana y el modo de ejecución de los comportamientos allí considerados, se aumentarán tres (3) meses más, para fijar en ochenta y un (81) meses, a los que se aumentarán cincuenta (50) meses más por el homicidio concurrente y cinco (5) meses por el delito de porte ilegal de armas, para un total de ciento treinta y seis (136) meses, esto es, once (11) años y cuatro (4) meses de prisión para DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA.

En virtud de lo normado en el artículo 229 de la Ley 600 de 2000, la decisión de casar de oficio parcialmente el fallo a fin de excluir la circunstancia de mayor punibilidad que no fuera imputada en la resolución de acusación se debe hacer extensiva al procesado no recurrente, Raúl Andrés Oyola Zapata, dado que la intervención oficiosa de la Sala no se encuentra limitada al impugnante que enerva el conocimiento del recurso extraordinario, sino a todos los sujetos procesales.

Por lo tanto, al partir del primer rango punitivo del delito de homicidio [156 a 192 meses], respetando los porcentajes de intensificación punitiva del a quo, pues se mantiene su grado de participación como coautor, no se partirá del mínimo al agregar cuatro meses, es decir ciento sesenta meses (160) meses a los que se aumentará la misma tasa de incremento por los delitos concurrentes de homicidio y porte que equivalen a sesenta y ocho (68) meses y seis (6) días de prisión, para un total de doscientos veintiocho (228) meses y seis (6) de prisión, esto es diecinueve (19) años y seis (6) días de prisión, para Raúl Andrés Oyola Zapata.

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

RESUELVE

1. NO CASAR el fallo por razón de los cargos formulados en la demanda presentada por el defensor de DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA.
2. CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE el fallo recurrido en el sentido de marginar la circunstancia de mayor punibilidad deducida por el juzgador relación con el procesado DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA y el enjuiciado no recurrente Raúl Andrés Oyola Zapata, por no haber sido incluida en la resolución de acusación.
3. PRECISAR que, por razón de la casación oficiosa aquí dispuesta, la pena principal impuesta al procesado DANIEL ALFREDO GUERRERO OTÁLORA como coautor del delito de porte ilegal de armas y cómplice de un doble homicidio es de once (11) años y cuatro (4) meses de prisión. Para el sujeto no recurrente Raúl Andrés Oyola Zapata como coautor del mismo concurso delictual es de diecinueve (19) años y seis (6) días de prisión.
4. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Excusa justificada

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Mediante fallo de segunda instancia de 13 de septiembre de 2002 se le condenó como cómplice de tales ilícitos.

2 La cláusula de exclusión se elevó como principio rector y garantía procesal en el artículo 23 de la ley 906 de 2004 al considerar nula de pleno derecho toda prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales que conlleva la extracción del caudal probatorio tanto de la principal, como de las que sean consecuencia o su existencia dependa de ésta.

3 Cfr. sentencias del 22 de octubre de 1998 (Radicación 10.934), 21 de noviembre de

2002 (Radicación 14.065), y 27 de febrero de 2003 (Radicación 17.837).