

Proceso No 28079

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 181

Bogotá, D. C., veintiséis de septiembre del año dos mil siete.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor público del acusado FERNEY ANDRÉS MARULANDA PINTO.

Antecedentes.-

1.- Los hechos, ocurridos en Bogotá, fueron declarados por el juzgador de la manera siguiente:

“El 24 de agosto de 2005 aproximadamente a las 9:00 de la mañana en la avenida carrera 30 con calle 19 sector de Carrefour, al interior de un bus ejecutivo de servicio público, Ferney Andrés Marulanda Pinto sin motivo alguno y por sólo ser seguidores de diferentes equipos de fútbol, utilizó en varias ocasiones una navaja en contra de Carlos Andrés Porras Pineda, causándole lesiones que a la postre determinaron su muerte en la clínica Luis Carlos Galán”.

2.- Con fundamento en lo narrado a los investigadores de la Sijin por parte de algunos de

los testigos presenciales de los acontecimientos, por petición de la Fiscalía Deciséis de la Unidad de Vida, el treinta y uno de agosto de dos mil cinco un Juez de Control de Garantías llevó a cabo audiencia preliminar en la que ordenó la captura del indiciado Ferney Andrés Marulanda Pinto, la cual tuvo lugar el 3 de septiembre siguiente.

El día cuatro de esos mismos mes y año, la Fiscalía 22 Seccional con sede en Bogotá presentó el caso ante el Juez de Control de Garantías en donde solicitó llevar a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en desarrollo de la cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal de 2004, le imputó la realización del delito de homicidio agravado a tenor de lo dispuesto en los artículos 103 y 104 del C.P., cuyos cargos no fueron aceptados por el imputado, quien se encontraba asistido por un profesional del derecho.

3.- El veintinueve de septiembre de dos mil cinco la Fiscalía presentó escrito de acusación en el cual le imputó al inculcado FERNEY ANDRÉS MARULANDA PINTO la realización del delito de HOMICIDIO AGRAVADO de que tratan los artículos 103 y 104.4 del Código Penal de 2000, modificado por la ley 890 de 2004.

4.- Ante el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá, el 26 de octubre de 2005, se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación; el 23 de noviembre siguiente la audiencia preparatoria, y finalmente, los días 3 de abril y 22 de septiembre de 2006 el juicio oral; en esta última fecha se anunció y profirió el fallo en sentido absolutorio y se dispuso la libertad inmediata del acusado.

5.- Apelado el fallo por la fiscalía quien, entre otros aspectos, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y condenar al acusado por el delito de homicidio

agravado (fls. 16 cno. sda. Inst.), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta, mediante sentencia proferida el veintiséis de enero de dos mil siete, decidió revocarlo íntegramente y, en consecuencia, condenar al acusado FERNEY ANDRÉS MARULANDA PINTO a la pena principal de cuatrocientos (400) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, entre otras determinaciones, a consecuencia de hallarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado a él imputado en la acusación (fls 24 y ss).

6.- Contra el fallo de segunda instancia, en oportunidad la defensa interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación del escrito de demanda sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

La demanda.-

Después de identificar los sujetos procesales y la sentencia materia de impugnación, así como resumir los hechos y la actuación llevada a cabo en las instancias, con fundamento en las causales segunda y tercera de casación, el demandante formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal.

En el primer cargo, formulado con apoyo en la causal segunda de casación, sostiene que la sentencia impugnada resulta lesiva de garantías fundamentales por razón del desconocimiento del debido proceso por afectación de su estructura, lo que constituye la configuración del motivo de nulidad previsto por el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, “en la medida que el juez 18 penal del circuito y el tribunal decretaron la práctica de un testimonio que no era prueba sobreviniente.

Anuncia que de conformidad con lo dispuesto por el inciso último del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, la prueba sobreviniente es aquella que surge durante el juicio y que es desconocida por las partes al momento en que legalmente es procedente hacer el ofrecimiento probatorio. Manifiesta que no puede llamarse sobreviniente la evidencia o el elemento material probatorio que ya era conocido por las partes en el momento en que es procedente el ofrecimiento o que pueda deducirse del material con que se cuenta en ese momento, pues la omisión en descubrir, ofrecer y solicitar pruebas no se puede convalidar acudiendo a la figura de la prueba sobreviniente”.

Anota que desde la fecha en que se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, se supo de la participación de un tercero de nombre “Miguel” como probable autor del hecho, persona ésta que a la postre surgió como testigo sobreviniente de la Fiscalía, quien ofreció y solicitó la prueba en el desarrollo del juicio oral. Esto indica que hubo una deficiente investigación, como quiera que en las audiencias preliminares el testigo Jury Andrei Jiménez Sepúlveda mencionó el nombre de dicha persona.

Considera que la trascendencia de la nulidad radica en que de no haberse decretado el testimonio de Miguel Ángel Cepeda, los dichos de los testigos Connie Samanta Ovalle y John Paul Lemus, no habrían tenido la fuerza probatoria que les atribuye el tribunal, para sostener que el acusado MARULANDA PINTO agredió a la víctima con arma cortopunzante.

Manifiesta que la teoría del caso planteada desde el inicio por parte de la defensa, se orientó a probar que el autor del ilícito no había sido FERNEY ANDRÉS MARULANDA, sino un tercero, del cual también daba fe uno de los testigos de la fiscalía de nombre Jhon Paul Lemus Bermúdez. De manera que al solicitar la Fiscalía el testimonio de Miguel Ángel Cepeda y su madre, bajo la figura de la prueba sobreviniente, produjo un desequilibrio en

la contienda pues llevó al Tribunal a concluir que esa probable participación de un tercero es argumento propio de los delincuentes que arman coartadas y atribuyen responsabilidades a terceros.

Anota que las declaraciones de Miguel Ángel Cepeda y su señora madre, cuyo decreto fue ordenado por el juez en decisión confirmada por el Tribunal, implicó desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura y ello alteró de manera rotunda el trámite que terminó con sentencia condenatoria, pues dio lugar a decretar un número adicional de pruebas a favor de la fiscalía, con las cuales el Tribunal estimó que no resultaban creíbles los testigos de la defensa.

Sostiene que tanto la defensa como la Fiscalía en la audiencia preparatoria tenían que hacer el anuncio y petición de las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio, único escenario jurídico para ello, salvo el caso de la prueba sobreviniente a que se alude en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, pues “cuando la fiscalía pide pruebas que no constituyen prueba sobreviniente y el juez las decreta, se afecta de manera grave el debido proceso.

Después de hacer algunas otras consideraciones en las que insiste en sus planteamientos en el sentido que por haberse practicado en el juicio el testimonio de Miguel Ángel Cepeda, se violó el debido proceso, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia del juicio oral para que éste sea repetido pero sin los testimonios a que se alude en la demanda.

Respecto del segundo cargo, formulado con apoyo en la causal tercera de casación, sostiene que la sentencia resulta indirectamente violatoria de la ley sustancial a consecuencia de incurrir en errores de apreciación probatoria consistentes en falsos juicios de identidad, falsos juicios de existencia y falsos raciocinios, los cuales dieron

lugar a la aplicación indebida del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y los artículos 103 y 104 del Código Penal, así como la falta de aplicación del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, relativo al principio in dubio pro reo.

En relación con los falsos juicios de identidad, sostiene que (i) el Tribunal adicionó el contenido objetivo de lo expresado por Connie Samanta Ovalle Gallo, “ya que consideró como prueba el contenido de la entrevista rendida por la testigo y específicamente lo leído por la misma durante la audiencia del juicio oral para refrescar la memoria, pero observemos que la testigo nunca fue requerida por la fiscal ni por el juez para que explicara las razones de las contradicciones con lo expresado durante la audiencia, ni se le indagó que si lo expresado en la entrevista había sido bajo la gravedad del juramento”.

Anota que durante el juicio oral la testigo dijo que el acusado sólo golpeó con la chapa a los muchachos que iban en el bus, y seguidamente la Fiscalía procedió a refrescar la memoria con la entrevista rendida ante los investigadores, pero sin cumplir los parámetros jurisprudenciales para que las entrevistas puedan ser utilizadas, pues no se le preguntó sobre las razones de la contradicción en que incurre.

Señala entonces, que la testigo no hizo referencia de haber visto al acusado esgrimir arma cortopunzante alguna y tan sólo haberle visto agredir a los muchachos de Millonarios con una reata. El Tribunal, sin embargo, tuvo como parte del testimonio lo dicho por la testigo en la entrevista, con lo cual adicionó el contenido objetivo del medio de prueba, “máxime cuando no se realizó en el desarrollo probatorio la exigencia de pedir a la declarante que explicara la contradicción que surge entre lo declarado en el juicio oral y lo leído en la entrevista”.

Considera que el error del Tribunal produjo el defecto de dar por probado que el día de los hechos el acusado tenía un arma cortopunzante en sus manos que fue utilizada para

agredir a unos hinchas del equipo Los Millonarios, lo que no fue corroborado por ninguno de los demás testigos, y ello resultó determinante para proferir fallo de condena.

Agrega que (ii) en el fallo también se incurrió en falso juicio de identidad con relación al testimonio del joven John Paul Lemus Bermúdez en cuanto dejó de tener en cuenta que refirió haber visto a un tercero que vestía una sudadera de color negro marca “Adidas”, portaba un cuchillo en la mano y se encontraba en el primer escalón de la escalera en puerta trasera del bus. Anota, que “el análisis de las pruebas en su integridad, lleva a una conclusión irrefutable que no existe la prueba para condenar conforme al artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y existe una duda que es insalvable”.

Respecto de otro de los falsos juicios de identidad (iii) que según el casacionista se configuraron en el fallo, señala que el juzgador tergiversó el testimonio de Juli Andrey Jiménez Sepúlveda al considerar que incurrió en una mentira al sostener que vio al menor Miguel Ángel Cepeda herir al hincha del equipo Los Millonarios en la región en donde tenía el tatuaje, ya que al revisar el protocolo de necropsia la víctima no presenta ninguna lesión en dicho lugar, pues lo que el testigo expresa es que observó la agresión a la altura del tatuaje en la espalda.

Igual ocurrió, dice, en torno a la manifestación del testigo ante el juez de garantías en que aseguró haberle visto dos marcadores de tinta a los hinchas de Los Millonarios, que supuestamente son modificados para introducirles cuchillas en su interior y convertirlos en armas blancas, pues es una afirmación que el Tribunal agrega a lo dicho por el testigo.

También le preocupa a la defensa que se califique al acusado MARULANDA PINTO como líder de un grupo y a partir de ello restarle credibilidad al dicho de los testigos de la

defensa, cuando en el juicio en ningún momento quedó probada dicha afirmación.

En cuanto tiene que ver con último de los falsos juicios de identidad (iv) que el casacionista denuncia, manifiesta que el tribunal incurrió en este tipo de desacierto en relación con el testimonio de Jesús Fernando Benavides Pulido, pues la contradicción en que dice haber incurrido es más aparente que real, toda vez que en el contrainterrogatorio complementó su respuesta en el sentido de que luego de haber visto el primer puño propinado a la víctima, algo alumbró sin que se pueda deducir de ello que sea una contradicción.

Agrega que el juzgador distorsiona las declaraciones de los testigos de la defensa, y ello lo conduce a sacar conclusiones equivocadas, pues en ningún momento tales testigos sostienen que la víctima y sus acompañantes se hayan subido a la silla del bus y menos que uno de ellos se haya bajado a mostrar un tatuaje. “La aparente presencia de los muchachos de millonarios sobre las sillas proviene del testigo Jhon Paul Lemus, testigo de cargo de la fiscalía, situación que no es relatada por los jóvenes Connie Amanda Ovalle Gallo y Jeimmy Liliana Ceballos, ni por los testigos de la defensa, por lo que no es adecuado que el Tribunal distorsione la realidad probatoria”,

Respecto del falso juicio de existencia por omisión, sostiene que el Tribunal incurrió en tal tipo de error respecto del testimonio de JEIMMY LILIANA CEBALLOS CORTÉS, pues si bien hizo un resumen de su dicho, “deja al margen tan importante declaración en las consideraciones”.

Anota que al haberse dejado de valorar esta declaración, se evidencia que no obra la prueba exigida por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para proferir

sentencia condenatoria,

Finalmente, en cuanto tiene que ver con el error de hecho por falso raciocinio, manifiesta que el Tribunal arribó a conclusiones que desbordan las reglas de la sana crítica, toda vez que las consideraciones que lleva a cabo, parte de un análisis errado, al señalar que no era necesario que la víctima mostrara el tatuaje para saber el grupo al que pertenecía, “pues olvida el Tribunal que las reglas de la experiencia indican con claridad que en este tipo de enfrentamientos entre barras bravas de equipos de fútbol, es muy importante para ellos mostrar supremacía y poder, y ello fue lo que pretendió hacer la víctima al mostrar su espalda donde tenía el tatuaje de su equipo...”.

Sostiene que Carlos Andrés Porras estaba en la última banca del bus al lado de la puerta de salida, por lo que la única persona que se encontraba en condiciones de causarle las heridas era el joven MIGUEL ÁNGEL CEPEDA quien tenía una navaja y estaba en las escaleras del bus y no Ferney Andrés Marulanda quien en ese momento estaba discutiendo con las porristas y peleando con su reata en la parte del pasillo central del bus, siendo imposible que agrediera a la víctima por la espalda, máxime si entre ésta y aquél se encontraban los otros dos jóvenes del equipo los millonarios y los otros intervinientes en la pelea, por lo que no resulta acertada la conclusión del Tribunal.

Manifiesta que los testigos de la defensa informaron que el acusado participó en la confrontación con una reata, de lo que también dieron fe los testigos de la fiscalía; también señalan que ese día no le vieron ningún tipo de arma cortopunzante, y claramente indican que la única persona a quien vieron con una navaja fue a Miguel Ángel Cepeda, como igual señalamiento hace el joven Jhon Paul Lemus, testigo de la Fiscalía

Considera que los errores de hecho explicados permiten señalar que objetivamente

analizadas las pruebas no se dan los requisitos para condenar, pues para ello se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Después de hacer algunas otras consideraciones en torno a la necesidad de pronunciamiento jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica y utilización de las entrevistas en el proceso penal, “a pesar que ya hay pronunciamiento en decisión de Noviembre del año pasado”, y sobre si las pruebas no solicitadas en la audiencia preparatoria, pero cuya existencia se conocía, pueden ser solicitadas en el juicio oral bajo la modalidad de prueba sobreviniente, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y absolver al acusado de los cargos que le fueron formulados (fls. 98 y ss. carpeta).

SE CONSIDERA

1.- De manera reiterada, por tanto difundida, la Corte ha convenido en sostener que el recurso extraordinario de casación no es instrumento que permita continuar el debate fáctico y jurídico llevado a cabo en el fenecido proceso, a manera de instancia adicional a las ordinarias del trámite, sino una sede única que parte del supuesto que el proceso culminó con el proferimiento del fallo de segunda instancia, y que éste no sólo es acertado sino acorde con el ordenamiento jurídico, cuya desvirtuación compete al demandante.

Tal cometido sólo resulta posible por parte de los intervinientes en la actuación cuyo interés derive del agravio que la ejecutoria de la decisión impugnada habría de causarles, mediante la presentación de una demanda en que no sólo se expresen con claridad y

precisión los fundamentos de la pretensión, sino que se demuestre la configuración de al menos uno de los motivos de casación taxativamente previstos por la ley de rito, así como la necesaria intervención de la Corte para cumplir, en el caso concreto, uno o más de los fines que le son inherentes, previstos por el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal de 2004, pues no de otra manera podrían ser entendidas las expresiones según las cuales, a voces de los artículos 181 y 183 ejusdem, la casación resulta procedente contra sentencias de segunda instancia “cuando afectan derechos o garantías fundamentales” y que la demanda debe señalar “de manera precisa y concisa” las causales invocadas y sus fundamentos.

Es tan cierto que el modelo casacional previsto en el ordenamiento procesal de que trata la Ley 906 de 2004 en manera alguna libera al demandante de cumplir con unos mínimos requisitos que le permitan superar el necesario juicio de admisibilidad que por ley compete realizar a la Corte, que el artículo 184 del mencionado estatuto la faculta para no admitir al trámite aquellas demandas en las cuales se establezca que el impugnante carece de interés, o cuando no se señala el motivo de casación en que apoya la pretensión desquiciatoria contra el fallo de segunda instancia, o se dejan de desarrollar los cargos que a su amparo pretendió formular, “o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso”.

2.- En punto de las causales de procedencia de la casación, previstas por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, asimismo la Corte tiene precisado lo siguiente:

“a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

“b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

“En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige claras y precisas pautas demostrativas¹.

“Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia².

“c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial -manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia-; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad -práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley-, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción³, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad -distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio-, del falso juicio de existencia -declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso- y del falso raciocinio -fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica-.

“La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del

fallo censurado” (cfr. Auto Cas. mayo 4 de 2006. Rad. 25250).

Precisamente por razón de lo que viene de anotarse, más recientemente señaló la Sala:

“Supone lo anterior que el demandante debe encaminar sus esfuerzos a demostrar cómo con el trámite procesal o a través del fallo se afectaron derechos o garantías fundamentales para lo cual, en consonancia con el yerro advertido, ha de servirse de la causal de casación pertinente señalándola expresamente e indicando las razones que le asisten para estimar que se encuentra estructurada, sin olvidar que debe indicar, así sea sucintamente, cuál de los fines establecidos para la casación hace necesaria la intervención de la Corte en el particular asunto, según lo previsto en el artículo 180 de esa normatividad, esto es, si ella es indispensable para la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos o la unificación de la jurisprudencia.

“Con esos propósitos, resulta de suma utilidad que el actor atienda las directrices desarrolladas por la jurisprudencia sobre la forma para abordar en esta sede el desarrollo de los diferentes motivos de casación pautas que, bien está recordar, no pasan de ser un conjunto de postulados orientados a conseguir que el demandante se sujete a unos mínimos lógicos y de coherencia en la formulación y desarrollo de sus reparos.

“Tales directrices tienden, pues, a facilitar la labor del demandante a fin de que resulten completos y entendibles los cargos que propone contra el fallo de segundo grado, exigencia que sigue vigente pues si bien en la nueva lógica del recurso se habilita a la Corte para superar los defectos que el libelo ofrezca, esta última opción demanda del censor un esfuerzo argumentativo a través del cual demuestre ya el probable distanciamiento entre el fallo recurrido y la norma constitucional o legal que debió gobernarlo, ora la vulneración de garantías fundamentales de los intervinientes, bien el tema jurídico que por su relevancia deba ser abordado por la Sala a fin de procurar el

desarrollo de la jurisprudencia.

“Es decir, siempre será necesario que el demandante elabore una propuesta coherente, comprensible y convincente, por cuyo medio pueda concluirse que sí es indispensable la intervención de la Corte para lograr alguno de los cometidos de la casación, de acuerdo con la índole de la controversia planteada” (cfr. auto cas. junio 22 de 2006. Rad. 25412).

3.- En el evento que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa que los cargos que la recurrente propone contra la sentencia impugnada no logran superar, siquiera en mínima parte estas exigencias básicas. La falta de claridad, precisión, y de debida sustentación, surgen manifiestas. Las inconsistencias de fundamentación y técnicas son de tal magnitud y entidad, que impiden establecer el verdadero alcance de la impugnación y el cabal entendimiento de la pretensión de la impugnante, lo que determina que el libelo no pueda ser admitido al trámite con miras a un pronunciamiento de fondo, en términos que seguidamente pasa a precisarse.

4.- A este respecto, en relación con el primer cargo, advierte la Corte el manifiesto error conceptual en que incurre el censor al pretender denunciar la existencia de un vicio de garantía, derivado de un supuesto desacierto en el trámite del proceso “en la medida que el juez 18 penal del circuito y el Tribunal decretaron la práctica de un testimonio que no era prueba sobreviviente” (sic), toda vez que de ser ello cierto, el único camino posible no era en modo alguno solicitar la ineficacia del juicio sino la exclusión del medio por incurrir el juzgador en error de hecho por falso juicio de legalidad.

Por esta razón, una vez advertido el error en que incurre el casacionista, y como quiera que en últimas la demanda se orienta a denunciar que el Tribunal incurrió en “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”, la Corte no puede menos que precisar, como así ha sido

reiterado por la Sala4, que dicho tipo de desacierto corresponde a la forma indirecta de violación a las disposiciones de derecho sustancial, y se configura cuando el sentenciador incurre en errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física, los cuales pueden ser de hecho o de derecho.

Los primeros se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio de conocimiento; porque deja de apreciar una prueba, elemento material o evidencia, pese a haber sido válidamente presentada o practicada en el juicio oral, o porque la supone practicada en éste sin haberlo realmente sido y sin embargo le confiere mérito (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente, presentada, practicada y controvertida, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, habiendo sido válidamente practicada la prueba en el juicio oral, en la sentencia es apreciada en su exacta dimensión fáctica, pero al asignarle su mérito persuasivo transgrede los criterios técnico-científicos normativamente establecidos para la apreciación de ella, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

Cuando el reparo se orienta por el falso juicio de existencia por suposición del medio de conocimiento, compete al casacionista demostrar el yerro con la indicación correspondiente del fallo en donde se alude a dicho medio que materialmente no fue practicado, presentado o controvertido en el juicio; y si lo es por omisión de ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral, es su deber concretar la parte pertinente de la audiencia pública en que se presentó la evidencia o el elemento material o se practicó la prueba, e indicar qué objetivamente se establece de ella, cuál el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y los criterios de valoración normativamente previstos para

cada una, y señalar cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio aducido por las partes en el juicio y debidamente controvertido en éste, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto amodificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnico científicos normativamente establecidos para cada medio en particular (art. 380 cpp), el casacionista tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

Si la denuncia se dirige a patentizar el desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error, indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al

ameritado.

Los errores de derecho, entrañan, por su parte, la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne (falso juicio de legalidad),

También, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su trasgresión.

Cada una de estas especies de error, obedecen a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria y corresponden a una secuencia de carácter progresivo, así encuentren concreción en un acto históricamente unitario: el fallo judicial de segunda instancia. Por esto no resulta técnicamente correcto que frente a un mismo medio de conocimiento y dentro del mismo cargo, o en otro postulado en el mismo plano, sin indicar la prelación con que la Corte ha de abordar su análisis, se mezclen argumentos referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que debe regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente la vía de impugnación a que se acoge, señalar el sentido de trasgresión de la ley, y, según el caso, concretar el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el

mérito atribuido por el juzgador, la incidencia del desacierto cometido en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación concretar la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera lo que se conoce como la proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

Además, de acogerse a la vía indirecta para denunciar la violación de normas sustanciales por errores en la apreciación de los medios de conocimiento, la misma naturaleza excepcional que la casación ostenta impone al demandante el deber de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.

Esta tarea comprende el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en el juicio; valorando los medios que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica respecto de aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo del fallo los supuestos o los ilegalmente practicados o aducidos.

Dicha labor no debe ser realizada de manera insular sino conjunta, esto es, en confrontación con lo acreditado por las pruebas debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración.

Todo ello en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues, al fin y al cabo, es la demostración de la trasgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal

tercera de casación. De otro modo no podría concebirse el trámite extraordinario por errores de apreciación probatoria, si su propósito no se orienta a evidenciar la afectación de derechos o garantías fundamentales debido a la falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, pese a ser la llamada a regular el caso, o la aplicación indebida de alguna de éstas cuando en realidad no lo rige.

4.1.- Como se recuerda en el resumen que se hizo de la demanda, en el primer cargo se denuncia que el Tribunal trasgredió el debido proceso al decretar los testimonios de Miguel Ángel Cepeda y de la progenitora de éste, con el argumento de tratarse de prueba sobreviniente, cuando, a criterio del casacionista, ello no es cierto porque de dicho medio ya la Fiscalía tenía conocimiento desde las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

Esto denota, como ya ha sido advertido, la equivocación del censor en la selección del motivo de casación que correspondería a dicho enunciado, toda vez que de encontrar respaldo en la actuación sobre la presunta irregularidad que aduce, la solución no sería en manera alguna la nulidad del juicio, como erradamente lo propone, sino el proferimiento del fallo de reemplazo en que se excluya de considerar tales medios de conocimiento por haber sido practicados con trasgresión de las normas que rigen su presentación en el juicio.

Este desacierto, de suyo suficiente para que la censura no resulte admitida al trámite casacional, no impide, sin embargo, advertir que aún bajo el supuesto de que la pretensión del censor es denunciar que los juzgadores incurrieron en error de derecho por falso juicio de legalidad, al admitir como pruebas válidamente practicadas los testimonios rendidos por Miguel Ángel Cepeda y María Constanza Aldana sin haber sido

ofrecidos ni descubiertos en la audiencia preparatoria, es lo cierto que la censura permanece en su solo enunciado, en cuanto no demuestra la razón por la cual no se trataba de pruebas sobrevinientes, ni por qué resulta ilegal la consideración del Tribunal cuando en segunda instancia se pronunció al respecto.

Ninguna alusión hace el recurrente a la consideración del Ad quem, cuando al resolver el punto propuesto por la defensa cuando recurrió en apelación, precisa que “no se discute que a partir de la entrevista con Yuri Andrei Segura Sepúlveda, la Fiscalía tuviera conocimiento sobre la posible participación de un tercero en la realización del hecho punible, pero conforme a lo argumentado por este sujeto procesal y al desarrollo de los acontecimientos evidenciado en los registros del caso, debe aceptarse que antes de la audiencia preparatoria la Fiscalía no contaba con la información suficiente para localizarlo e intentar conocer su versión, circunstancia plenamente entendible que justifica el que no hubiera incluido la práctica de su testimonio en las solicitudes probatorias que oportunamente presentó ante el a quo”.

Agregó además el Tribunal, que “como este deponente Yuri Andrei Segura Sepúlveda efectivamente declaró en juicio señalando haber presenciado la participación de Miguel Angel Cepeda en los hechos donde perdiera la vida Carlos Andrés Porras, y la Fiscalía afirma estar en condiciones de hacerlo comparecer para que rinda testimonio, la Sala estima conducente, pertinente y necesaria la práctica de esa prueba en orden a despejar las dudas planteadas por la defensa en torno a la responsabilidad del acusado, y en tal virtud, considera acertada la admisión de esta prueba decretada en primera instancia”.

Como quiera que dichas consideraciones no son objeto de controversia por parte del recurrente, lo que se evidencia en la formulación del reparo no es entonces la ilegal práctica de una prueba en que se fundó el fallo, sino la oposición al medio tan sólo porque no le resultó favorable a los intereses que representa, pero sin denunciar, menos

demostrar, la concreta configuración de un error de derecho en la práctica del medio de conocimiento durante el juicio oral, ni cómo un tal desacierto resultó trascendente en la definición del asunto.

Lo único que menciona es que “de no haberse decretado el testimonio de MIGUEL ÁNGEL CEPEDA, los dichos de CONNIE SAMANDA OVALLE GALLO y JHON PAUL LEMUS BERMÚDEZ, no habrían tenido la fuerza probatoria suficiente que les adjudica el Tribunal para sostener que FERNEY ANDRÉS MARULANDA PINTO agredió a la víctima con arma cortopunzante”, pero sin indicar qué específicamente se establece de los aludidos medios, qué concluyó de ellos el juzgador, ni cuál la incidencia que un tal desacierto tendría para variar los supuestos fácticos y por ende la declaración del derecho contenida en la parte resolutive de la sentencia, lo que denota que también bajo dicha hipótesis este aparte de la censura quedaría en el sólo enunciado.

4.2.- En cuanto tiene que ver con los errores de hecho en la apreciación de los medios de conocimiento, los desaciertos en que el casacionista incurre, no son menos manifiestos.

Si bien comienza por sostener que el sentenciador incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Connie Samanda Ovalle Gallo, John Paul Lemus Bermúdez, Jury Andrei Jiménez Sepúlveda y Jesús Fernando Benavides Pulido; en falso juicio de existencia por omisión respecto del testimonio de Jeimy Liliana Ceballos Cortés; y en falso raciocinio respecto de lo manifestado por los testigos de la defensa, es lo cierto que los reparos devienen incompletos, por ende inidóneos para desvirtuar las presunciones de acierto y legalidad en que se ampara el fallo de segunda instancia.

No sólo no demuestra la objetiva configuración de los aludidos desaciertos con el rigor lógico exigido en sede extraordinaria, sino que tampoco acredita su trascendencia,

pues no indica cómo habrían de verse corregidos unos tales errores por la Corte, ni presenta un panorama fáctico, objetivamente distinto del declarado en el fallo.

Así, cuando sostiene que el Tribunal adicionó el contenido objetivo del testimonio de Connie Samanda Ovalle, era de esperarse que demostrara que el Tribunal puso a decir a la testigo algo que ella no dijo. No obstante, lo que cuestiona no es esto sino que no hubiera sido requerida por la Fiscalía o por el Juez “para que explicara las razones de las contradicciones con lo expresado durante la audiencia, ni se le indagó que si lo expresado en la entrevista había sido bajo la gravedad del juramento”, con lo que traslada la censura a un tipo de error diverso del que dijo partir.

Si, como se expresa en la demanda, la testigo leyó el aparte de la entrevista que rindió ante los investigadores y dicha entrevista fue ponderada por el sentenciador, no podría pregonarse válidamente, como así procede el censor, que el Tribunal hubiere adicionado el dicho de la testigo, pues en tal hipótesis el reparo por falso juicio de identidad carecería de sustento fáctico y se trasladaría al ámbito del mérito persuasivo conferido en el fallo al dicho de la deponente, como esto es lo que se colige de la expresión del casacionista, cuando indica: “porque bien la testigo hubiera podido explicar su contradicción diciendo que al momento de los hechos estaba sugestionada por el momento vivido dos días antes, sin poder llegar a sostener que observó arma alguna en poder de mi representado”.

En relación con el testimonio de Jhon Paul Lemus Bermúdez, si bien aduce que el Tribunal cercenó varios apartes de su declaración, no demuestra un tal desacierto, en cuanto pese a transcribir algunos apartes del medio de conocimiento, deja de informar qué exactamente dijo de él el Tribunal, y al no hacerlo el presunto cercenamiento de la prueba queda en el ámbito de la conjetura, máxime si la única referencia que el casacionista realiza en orden a acreditar el error, se limita a aquella según la cual “el Tribunal analizó los testimonios practicados en el juicio, pero en sus consideraciones

cercenó lo informado en su integridad por los testigos, haciendo un análisis parcial respecto de las manifestaciones de cada uno de ellos, dejando de lado lo fundamental de la integridad de cada uno de los testimonios, que contada seguridad indican contradicciones que llevan a la existencia de la duda invocada y que reconoció el juez de primera instancia, al absolver al acusado”, denotando así la generalidad y falta de concreción en el ataque.

Y cuando cuestiona que el Tribunal hubiere considerado que el testigo Yuri Andrei Jiménez Sepúlveda incurre en contradicciones que le restan credibilidad, es claro que dicho reparo no denota la existencia de un presunto falso juicio de identidad por tergiversación, sino la simple llana oposición al mérito conferido por el sentenciador, para lo cual ha debido acudir al error de hecho por falso raciocinio y demostrar que en la ponderación del medio el juzgador se apartó de los criterios de valoración indicados en el estatuto procesal penal, o trasgredió las reglas de la sana crítica, lo cual a más de no enunciar expresamente, tampoco demuestra en la demanda.

Esta misma situación concurre cuando el censor alude al testimonio de Jesús Hernando Benavides Pulido, pues lo que reprocha al Tribunal no es que hubiere tergiversado su dicho, sino que no le hubiere conferido el mérito que el casacionista reclama, aspecto este que resulta inatacable en sede extraordinaria, a menos que se demuestre la objetiva configuración de un error de apreciación probatoria, lo cual en este caso, lejos está de poder realizar.

Igual sucede en relación con la afirmación de que el Tribunal incurrió en falso juicio de existencia por omisión al dejar de apreciar el testimonio de Jeimi Liliana Ceballos Cortés, toda vez que es el propio demandante quien deja sin piso su alegación al patentizar que el sentenciador de alzada sí aludió a dicho medio de conocimiento, sólo que no le confirió la importancia que a criterio del casacionista habría de merecer, precisamente por haber asegurado que no vio el momento exacto en que el joven Carlos Andrés Porras Pineda fue

herido.

Y, finalmente, el falso raciocinio que el censor dice haberse configurado en el fallo, al no estar enlazado el ataque con una prueba particular y concreta, sino con la oposición al sentido de la sentencia por no habersele dado crédito a los testigos de la defensa, no comporta nada diverso de una crítica general al fallo como si la casación fuera equiparable a los alegatos que los sujetos procesales presentan en el curso de las instancias ordinarias del trámite procesal.

Lo que se advierte es que en lugar de ajustarse a los derroteros normativamente establecidos para la casación y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte, el casacionista presenta su particular percepción sobre la manera como los hechos tuvieron realización y el mérito que, a su criterio, debe conferirse a alguno medios de convicción, distanciándose de tal modo de los lineamientos párrafos arriba referenciados. Pese a los esfuerzos que realiza en orden a sustentar los fundamentos fácticos y jurídicos de la censura, no logra demostrar que el sentenciador hubiere incurrido en los errores de apreciación probatoria que denuncia, ni la trascendencia que ellos tuvieron en la definición del juicio, lo que impide que los cargos resulte admitido al trámite casacional.

Se observa en últimas, es la divergencia de criterios en el demandante con el sentenciador en torno a la negativa de reconocer la existencia de dudas probatorias que dieran lugar a absolver al acusado, pero sin enunciar expresamente, tampoco demostrar, la concreta y objetiva configuración de un desacierto que diera lugar a la casación del fallo, lo que impide que la demanda sea admitida al trámite para el estudio de mérito de las censuras que propone.

5.- Advierte la Corte, además, que en este caso no resulta necesario superar los defectos de la demanda para cumplir con los fines de la casación mediante la emisión de un

fallo de fondo.

6.- No sobra aclarar, finalmente, que contra esta decisión procede el mecanismo de la insistencia. Sobre dicha temática la Corte⁵ tiene precisado lo siguiente:

“c) El mecanismo de ‘insistencia’.

“Señala el artículo 184 de la Ley 906 de 2004 que contra el auto -debidamente motivado- a través del cual no se selecciona la demanda de casación procede el ‘recurso’ de insistencia ‘presentado por alguno de los Magistrados de la Sala o por el Ministerio Público’.

“Como quiera que el nuevo Código de Procedimiento Penal no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, obligado se impone abordar el tema a fin de definir las reglas que habrán de seguirse para su aplicación.

“En esta dirección, bien está precisar que de la simple lectura de los artículos 176 a 198 del nuevo estatuto procesal penal se colige que la insistencia no fue contemplada por el legislador como recurso ordinario o extraordinario. A su vez, es también claro que este mecanismo, llamado a provocar la reconsideración de ciertas decisiones que adoptan las altas Cortes, fue introducido por primera vez al ordenamiento jurídico en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, que prescribe:

‘REVISION POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro

de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses’.

“A su turno, examinados los debates que precedieron la expedición de la Ley 906 de 2004, nítidamente surge que fue voluntad del legislador hacer extensivo ese mecanismo excepcional previsto para la acción de tutela al recurso extraordinario de casación en materia penal. Fue así como en las discusiones para segundo debate, el Senado de la República examinó la propuesta introducida por el Representante a la Cámara Luis Fernando Almario, en el sentido de adicionar la procedencia de un ‘recurso’ de insistencia contra la decisión de esta Sala en la que no se selecciona una demanda de casación, propuesta justificada en los siguientes términos:

‘Yo si creo que por lo menos pongámosle a proceder un recurso. Yo he redactado esto. En la parte donde dice que no procede ningún recurso lo he sustituido por esto, no será seleccionada por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los Magistrados de la Sala o por el Defensor del Pueblo, la demanda y el resto sigue igual, por lo menos que exista ésa posibilidad, que si uno cree que le han violado sus derechos fundamentales y la Corte no seleccionó esa casación por lo menos que uno tenga un derecho de pataleo, aunque sea de llegada a un Magistrado o enviarle una carta, o ir a la Defensoría del Pueblo y decir, mire por favor insista ante la Corte, porque es que en tanta cantidad de cosas es muy difícil que vayan a poner cuidado a mi situación personal’.

“Propuesta que recibió aprobación de las Cámaras, introduciéndose sólo una variante frente a la intervención de la Defensoría del Pueblo, reemplazada por el Ministerio Público, tal y como se anotó en las actas correspondientes al informe para segundo debate, así:

‘A propuesta del Representante Almario, se prevé el recurso de insistencia ante la no

selección de la demanda de casación a instancia de alguno de los Magistrados de la Sala correspondiente o del Defensor del Pueblo. Sin embargo, los ponentes propondremos que a cambio de este último pueda hacerlo el Ministerio Público’.

“Visto lo anterior, se concluye que si bien tanto en la propuesta sometida a consideración del Congreso como en el texto finalmente aprobado, se hizo expresa mención a que se trataba de un ‘recurso’, no cabe duda que no es esta la naturaleza predicable de la ‘insistencia’, tanto por los fines a cuyo propósito sirve la figura, como por haber reservado el legislador su impulso a quienes no ostentan la calidad de intervinientes dentro del proceso penal, titulares por excelencia del derecho de impugnación.

“Ciertamente, no se concibe que la facultad de ‘impugnar’ la decisión a través de la cual no se selecciona una demanda de casación, quede radicada en cabeza de un Magistrado de la propia Sala, que como tal intervino en la discusión y aprobación de la decisión sobre la cual procedería el ‘recurso’⁶.

“A su turno, tampoco puede considerarse que la insistencia sea un medio de impugnación radicado exclusivamente en cabeza del Ministerio Público que actuó al interior del proceso penal dentro del cual fue presentada la demanda de casación a la postre no seleccionada, como quiera que el ejercicio de las facultades que la ley otorga a este especial interviniente en el proceso penal a fin de que supervigile el respeto del debido proceso y de los derechos y garantías fundamentales, tiene cabal realización a su interior por vía de los instrumentos ordinarios y extraordinarios de defensa previstos para los restantes intervinientes – Fiscalía, imputado, defensor y víctima – a cuyo acceso lo autoriza la ley en las mismas condiciones y oportunidades otorgadas a ellos, sin que pueda admitirse que a diferencia de los demás cuenta con un mecanismo adicional de impugnación sólo previsto para él, en desmedro del equilibrio que el proceso ha de ofrecer a todos ellos.

“De allí que la insistencia solo pueda entenderse como un instrumento previsto para que la Sala, a instancia de los Delegados del Ministerio Público que intervienen en el trámite casacional o de alguno de los Magistrados integrantes de ella, reexamine las razones que tuvo a bien esgrimir para no seleccionar la demanda, naturaleza que precisamente es la que el legislador le atribuyó a este sui generis mecanismo judicial en pretérita ocasión frente a la acción de tutela.

“A su vez, si el objeto de debate es el acto por el cual no se selecciona la demanda, es también claro que la proposición de la insistencia compete exclusivamente al demandante, quien en razón del interés que le asiste en que el proceso sea examinado por la Corte y que hizo manifiesto al presentar la demanda de casación, puede elevar petición al Ministerio Público, a través de sus Procuradores Delegados para la Casación Penal, para que ellos examinen si por la justeza de los argumentos expuestos, deben solicitar o no a la Sala la reconsideración de su decisión, o puede provocarse por conducto de alguno de los Magistrados integrantes de la Sala que hubiere salvado el voto frente a la decisión mayoritaria de no seleccionar la demanda de casación.

“Igualmente, encuentra la Sala que es potestativo del Ministerio Público o del Magistrado ante quien se formula la insistencia, optar por llevar el asunto a consideración de la Sala o denegar la petición mediante comunicación dirigida al solicitante, conclusión a la que se arriba teniendo en cuenta que en este especial trámite, aquellos serían los encargados de llevar la vocería del peticionario en la insistencia, de suerte tal que tendrían que compartir plenamente las razones que hacen necesario que la Sala reconsidere su decisión, razón de más para que este especial mecanismo se promueva bien ante el Magistrado que se apartó de la decisión mayoritaria de no seleccionar la demanda, ora ante los Procuradores Delegados para Casación Penal, y como tales, ajenos a lo allí decidido.

“Por último, es preciso puntualizar que al no ser la insistencia un medio de impugnación, su

trámite no está llamado a producir efecto alguno frente al término de prescripción de la acción penal, diverso del que naturalmente seguiría en caso de que prosperara la petición.

“Dicho en otros términos, una vez notificado el auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación, la sentencia de segunda instancia contra el cual se dirige adquiere ejecutoria.

“Sólo en el evento en que formulada la insistencia por parte del Ministerio Público o de algún Magistrado, la Sala llegue al convencimiento de que debe accederse a la petición y, por ende, seleccionar la demanda, dicho término prescriptivo habrá de tenerse por no interrumpido, en tanto que solamente esa determinación conlleva dejar sin efecto el auto en el que se optó por la no selección de la impugnación extraordinaria.

“De lo dicho en precedencia se desprende que:

“(i) La insistencia no es un recurso. Se trata de un mecanismo especial al que puede acudirse luego que la Sala decidió no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere su decisión.

“(ii) La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante, por ser él a quien asiste interés en que se reconsidere la decisión. Los demás intervinientes en el proceso no tienen dicha facultad, en tanto que habiendo tenido ocasión de acudir al recurso extraordinario, el no hacerlo supone conformidad con los fallos adoptados en sede de las instancias.

“(iii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus delegados para la casación penal, o ante alguno de los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, según lo decida el demandante.

“(iv) La solicitud respectiva puede tener dos finalidades: la de rebatir los argumentos con fundamento en los cuales la Sala decidió no seleccionar la demanda, o para demostrar por qué no empeece las incorrecciones del libelo, es preciso que la Corte haga uso de su facultad para superar sus defectos y decidir de fondo.

“(v) Es potestativo del Magistrado disidente o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario. Así mismo, cualquiera de ellos puede invocar la insistencia directamente ante la Sala de manera oficiosa.

“(vi) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso, con la consecuente imposibilidad de invocar la prescripción de la acción penal, efectos que no se alteran con la petición de insistencia, ni con su trámite, a no ser que ella prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

“A su turno, como quiera que la ley no establece términos para el trámite de la insistencia, es preciso fijarlos conforme la facultad que en tal sentido se consagra en el artículo 159 de la Ley 906 de 2004.

“Con tal propósito, teniendo en cuenta que la decisión a través de la cual no se selecciona la demanda está contenida en un auto a cuyo enteramiento o publicidad debe procederse obligatoriamente, con arreglo a lo dispuesto en sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002, por vía del procedimiento señalado en el artículo 169, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, esto es ‘mediante comunicación escrita dirigida

por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes', se establecerá el término de cinco (5) días contados a partir de la fecha en que se produzca alguna de las anteriores formas de notificación al demandante, como plazo para que éste solicite al Ministerio Público o a alguno de los Magistrados integrantes de la Sala, si a bien lo tiene, insistencia en el asunto.

"A su vez, teniendo en cuenta que el examen de la solicitud de insistencia supone un estudio ponderado de la solicitud, de la demanda, del auto por el cual no se seleccionó y de la actuación respectiva, se otorgará al Ministerio Público o al Magistrado respectivo un término de quince (15) días para el examen de la temática planteada, vencido el cual podrán someter el asunto a discusión de la Sala o informar al peticionario sobre su decisión de no darle curso a la petición".

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de oficio del acusado FERNEY ANDRÉS MARULANDA PINTO, por las razones expuestas en la motivación de este proveído.

Contra esta determinación procede la insistencia en los términos del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal del origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Cita medica

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

2 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.530.

3 ib. radicación 24.530

4 Cfr. Por todas. Cas. de 29 de agosto de 2007. Rad. 26276.

5 Cfr. Cas. de diciembre 12 de 2005. Rad. 24322

6 Recuérdese que la decisión de no seleccionar una demanda al ser “motivada” como lo exige la ley, se adopta mediante auto de Sala, y por ello, demanda del concurso de todos sus integrantes, escenario natural para que se debatan todas las tesis en favor de acceder al recurso extraordinario o para no darle curso.