

Proceso No 24119

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No. 162

Bogotá. D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE contra el fallo dictado por el Tribunal Superior de Yopal el 20 de abril de 2005, mediante el cual revocó la absolución dispuesta a favor de éste, en tanto que confirmó la condena impuesta a Arnulfo Giraldo Barreto Alfonso el 28 de enero del mismo año, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey Casanare.

HECHOS

Así los resumió el Tribunal:

El señor OSCAR DANIEL BARRETO RAMÍREZ y la progenitora habían resuelto trasladarse de Monterrey a Bogotá en la mañana del 14 de mayo de 2003, pero como pasaron las horas sin que apareciera y los familiares ignoraban el porqué de la tardanza, su hermano FABIO BARRETO RAMÍREZ sospechó que algo malo podía haberle ocurrido e instauró denuncia ante la Fiscalía dando cuenta de la extraña desaparición.

Los presentimientos fraternos desgraciadamente resultaron ciertos pues el 16 de mayo, en el sitio “Caño Grande” vereda “Buena Vista” del mismo municipio, las autoridades hallaron el cadáver del infortunado hombre quien ostentaba múltiples heridas producidas con elemento contundente (piedra) que destruyeron su cráneo y dejaron expuesta la masa encefálica.

En desarrollo del proceso sumarial la Fiscalía estableció que el episodio criminal ocurrió durante las primeras horas del 14 de mayo de 2003 e identificó como autores materiales a EDWAR YAMIT RAMÍREZ SUÁREZ, ARNULFO GIRALDO BARRETO ALFONSO y JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE, quienes obraron con ánimo de lucro, porque no sólo se apropiaron del automóvil de OSCAR DANIEL – recuperado después en Sogamoso por la Sijín- sino de otros bienes que tenía en su residencia, para después venderlos a distintas personas¹.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Adelantada la investigación, la Fiscalía Quince Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Monterrey formuló resolución de acusación el 5 de abril de 2004 contra MARTÍN AGUIRRE y Barreto Alfonso, por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado², .

Edgar Yamit Ramírez Suárez se acogió a sentencia anticipada.

2. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey, Casanare, condenó a Arnulfo Giraldo Barreto Alfonso, por las mismas conductas punibles, a la pena principal de treinta y seis (36) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena privativa de la libertad.

A JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE lo absolvió de los cargos formulados en su contra³.

El fallo, apelado por el defensor de Arnulfo Giraldo Barreto Alonso y por la representante de la Fiscalía, fue confirmado parcialmente por el Tribunal Superior de Yopal, que redujo a veinte (20) años la pena accesoria impuesta al citado procesado y revocó la decisión de absolver a JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE. En consecuencia, le impuso la pena de treinta y seis (36) años de prisión y la accesoria de rigor por el término de veinte (20) años, como coautor responsable de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, en providencia que es objeto del recurso de casación⁴.

LA DEMANDA

Cargo único.

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial, a causa de un error de derecho por falso juicio de legalidad, al negarle validez jurídica a los documentos aportados por la defensa de JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE en la vista pública de juzgamiento.

Como consecuencia, aplicó indebidamente los artículos 103, 104, 239 y 240 del Código Penal e inaplicó los artículos 7º, 20, 206, 232, 234, 237, 238, 259 y 262 del Código de Procedimiento Penal.

Los medios de prueba sobre los cuales recayó el error son las fotografías del lugar de los hechos, la comunicación suscrita por el médico director del centro de salud de Monterrey, donde da cuenta de la fecha del parto de la señora Ana Yandi Linares Vargas, la comunicación del funcionario de la Empresa de Energía de Boyacá, señor René Pulido, donde informa del estado del alumbrado del sector para la fecha de los hechos y los levantamientos topográficos del lugar, realizados por el topógrafo Gregorio Blanco, visibles a folios 473 a 474 del cuaderno original.

El casacionista, luego de hacer referencia a los preceptos que regulan las pruebas y a los

principios que rigen en materia penal, argumenta que antes de analizar los medios de convicción a los cuales el Tribunal “les negó fuerza probatoria”, conviene precisar dos aspectos; el primero, si la prueba aportada por la defensa de JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE cumplió con los requisitos básicos, y el segundo, si el razonamiento del Tribunal tiene fundamento legal.

Refiere, frente al primer punto, que en la sesión de 12 de octubre de 2004, la defensa aportó cuatro (4) documentos, cumpliendo con lo normado en el artículo 259 del Código de Procedimiento Penal. El mismo estatuto, en su artículo 261, señala los medios de que disponen las partes para controvertir dichos documentos, que si no son tachados de falsos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 262, quedando el documento cobijado por la presunción de autenticidad.

Subraya que en ningún momento se dice que los documentos deben obedecer a una solicitud de las autoridades y, por el contrario, pueden ser aportados tanto por los sujetos procesales, como por el juez o investigador. Por tanto, limitar la validez probatoria de los documentos a aquellos que responden a una solicitud de las autoridades, es un despropósito inaceptable y un claro error de derecho.

No se puede afirmar que respecto de los citados documentos no se cumplieron los principios de aducción y de contradicción, porque el artículo 259 del Código de Procedimiento Penal no señala momento oportuno para aportarlos, sino que lo deja de manera indeterminada, lo cual debe ser así porque en el proceso penal se discuten valores del más alto contenido social y humano.

Además, de conformidad con el artículo 262 ibídem, los documentos podrán presentarse “antes de la finalización de la audiencia pública” para que respecto de estos se cumplan los principios de contradicción y publicidad.

Con fundamento en los artículos 400 y 401 del Código de Procedimiento Penal, afirma que

si una parte “aporta” pruebas, sería inocuo que se le exija “solicitarlas”, como ocurre en el caso de los documentos. La práctica y la lógica enseñan que en la audiencia pública de juzgamiento principalmente se “solicitan” declaraciones e inspecciones judiciales, por cuanto los documentos simplemente se “aportan”.

Si el Tribunal no hubiese incurrido en el error de desestimar las pruebas debidamente aportadas al proceso por la defensa, se hubiese percatado que la señora Ana Yandi Linares Vargas es falaz y contradictoria en sus declaraciones ante el DAS y la fiscalía.

Para el demandante, no puede ser admisible dicha versión porque nada pudo ver, es incongruente que la citada declarante en su primera explicación manifieste que ‘ARNULFO le pegó otro puño por la cara y lo botó a la zanja y yo grité y SALÍ CORRIENDO PARA LA CASA’, y posteriormente en la misma declaración invente, con el ánimo de involucrar a MANUEL MARTÍN, que después del golpe que sufrió OSCAR DANIEL BARRETO vio ‘cuando ellos lo cogieron a piedra, Arnulfo, Martín y Yamith le tiraron piedra’.

Arnulfo Giraldo, compañero permanente de Ana Yandi Linares, demerita el testimonio de ésta, quien al responder distintas preguntas, siempre manifestó que ‘ella estaba durmiendo’, frase que torna incompatibles las palabras de la testigo, con el estado de somnolencia en el cual se encontraba.

Agrega que nunca se aclaró, con exactitud, la presunta distancia entre la testigo y el lugar de los hechos, pues al Tribunal le resulta inocuo el plano elaborado por un topógrafo, con conocimientos especiales sobre distancias y medidas de terrenos, y en cambio le da paso a la afirmación de una testigo de escasos conocimientos sobre esa materia.

También, por razón de la omisión de los señalados medios probatorios, el Ad quem incurrió en evidente error, al asegurar que la testigo Ana Yandi Linares “observó” los acontecimientos, cuando ella misma se contradice y admite la oscuridad del lugar de los

hechos, situación que es corroborada por el señor René Pulido. Se pregunta de qué forma puede concluirse que el foco de un solo bombillo, cuya existencia nunca se probó, puede dar suficiente iluminación para relatar los hechos con tanto lujo de detalles.

Lo mismo ocurre cuando la testigo afirma que estaba escondida detrás de un palo de mandarina, pues de ser cierta esa afirmación, resultaba físicamente imposible percibir en la noche, con semejante lujo de detalles. Según se desprende de las fotografías aportadas por la defensa de MARTÍN AGUIRRE, en el lugar existía una boscosa vegetación - y de la diligencia de levantamiento de cadáver- situación que unida a la oscuridad reinante, haría imposible percibir los hechos de esa manera.

Para finalizar, señala el recurrente que el Ad quem debió analizar las pruebas y concluir que en virtud de los principios de primacía del derecho sustancial, certeza e in dubio pro reo, no existe seguridad acerca de la participación de su defendido JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE en los hechos por los cuales resultó condenado.

Solicita se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se profiera la decisión sustitutiva que en derecho corresponda.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal aduce que en torno al planteamiento del demandante, se deben hacer dos consideraciones: a) Si el Ad quem le restó valor probatorio a los medios de prueba allegados por la defensa porque al confrontarlos con el dicho de Ana Yandi Linares, acerca de la percepción de los hechos, no logran desvirtuar lo afirmado por ella; y b) Si el Ad quem no realizó ningún análisis y se limitó a desestimar los elementos materiales probatorios (fotografías y documentos) porque para su aducción al proceso no había mediado orden de autoridad judicial.

El Tribunal unió las dos consideraciones, al referirse al análisis de los documentos aportados por la defensa en la audiencia pública y mencionar la carencia de significación porque no obedecen a una solicitud de las autoridades.

Sin embargo, pese a la negativa del Juzgado Promiscuo Municipal en relación con algunas pruebas solicitadas por la defensa del procesado MANUEL MARTÍN AGUIRRE, el aporte de ciertos elementos de juicio en la diligencia de audiencia pública se constituye en un desconocimiento de la estructura del proceso penal, de sus etapas y las actuaciones señaladas para las partes, dentro de los marcos establecidos para ello en la [Constitución Política](#) y la ley.

Así, los sujetos procesales fueron sorprendidos con el aporte en la audiencia pública de la certificación de la ausencia de alumbrado público en el lugar de los hechos y el estudio topográfico, cuando el derecho de las partes, intervinientes o sujetos procesales a controvertir la prueba, tiene su origen en el artículo 29 de la Carta Política. Y si bien este ha sido uno de los cambios adoptados por la ley 906 de 2004, ya desde antes, en la ley 600 de 2000, la audiencia preparatoria se constituyó como garantía para que las partes de antemano conocieran las pruebas que podían llevarse a cabo en la audiencia pública o, de manera excepcional, fuera de ella.

Por tanto, el acto de utilizar información a través del derecho de petición, cuando las mismas pruebas ya habían sido negadas y aceptada esa decisión por la defensa técnica, es un acto de clara deslealtad procesal, que de ninguna manera puede ser avalado.

En suma, el censor no logró demostrar el error que le atribuye al fallador de segundo grado, ni la incidencia del mismo en el fallo impugnado.

En cuanto a los cuestionamientos que hace a las declaraciones de Ana Yandi García, compañera de Arnulfo Giraldo Barreto, observa la Procuradora que el censor antepone su particular criterio sobre la forma como el Tribunal debió valorar la prueba,

razonamiento que no corresponde a la estructura del error de hecho por falso juicio de legalidad.

Concluye que, contrario a lo señalado por el casacionista, el Tribunal Superior realizó un análisis probatorio basado en la confrontación de lo que la testigo Ana Yandi García pudo observar, resaltando de su versión los hechos trascendentales, como la presencia de las tres personas, la ropa que llevaba puesta el occiso, sus últimas palabras acerca de su viaje a Bogotá en compañía de su progenitora, el dinero que ofrecía, los bienes hurtados, para concluir en la coautoría material e intelectual de JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE.

Solicita la casación oficiosa del fallo, porque atendiendo a la calificación provisional de la conducta punible por la que se acusó a los procesados, tanto el juez como el Tribunal han debido partir del cuarto mínimo y no de los cuartos medios, en tanto no se imputó la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal.

CONSIDERACIONES

El operador judicial puede incurrir en un error de derecho por falso juicio de legalidad en dos eventos: a) cuando le otorga validez a un medio probatorio que fue aducido al proceso sin cumplir con las formalidades exigidas por la ley (aspecto positivo) y, b) cuando se la niega al que fue allegado con el lleno de los presupuestos necesarios para ese efecto (aspecto negativo). Esta especie de dislate gira en torno a la validez o existencia jurídica de la prueba y está vinculado estrechamente al principio de legalidad, que supone, así, la incorporación de los medios de convicción en los momentos procesales dispuestos en normatividad procesal penal.

El demandante hace referencia a la segunda de las hipótesis señaladas, es decir, al aspecto negativo del error, al asegurar que el Tribunal Superior de Yopal desestimó los

documentos aportados por la defensa de MANUEL MARTÍN en la audiencia pública de juzgamiento, planteamiento que impone ab initio, verificar lo ocurrido en esa fase del proceso:

(I) Una vez el Juzgado Promiscuo de Monterrey avocó el conocimiento del asunto, dispuso dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual surtió el traslado a las partes del 29 de abril a 19 de mayo de 2004.

Culminado éste, celebró audiencia preparatoria el 15 de julio de 2004. En el desarrollo de la diligencia, para el tema que interesa, la defensora de JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE solicitó que en la audiencia pública se escuchara en declaración a Egidio Rodríguez, Rosa Adelina Toloza, Blanca Lilia Alfonso y Lilia Suárez. También solicitó que se oficiara al centro de salud de Monterrey para que certificara la fecha en que fue atendida la señora Ana Yandi Linares y, por último, la práctica de una diligencia de inspección judicial al lugar donde fueron encontrados los rastros de sangre y prendas que se dicen pertenecían al occiso y, por último, que se agregara al cuaderno original el folio No 5 que obra en el cuaderno de copias. Al respecto, el juez de conocimiento, no obstante señalar que esa solicitud era extemporánea, en uso de la facultad oficiosa y para garantizar el derecho a la defensa, decretó la práctica de las declaraciones, no así la inspección judicial por inconducente y la certificación médica por no tener relación con el caso investigado⁵.

La anterior decisión no fue recurrida por la apoderada del procesado.

(II) En la diligencia de audiencia pública, celebrada el 12 de octubre de 2004, luego de evacuadas las pruebas ordenadas, la defensora de MARTÍN AGUIRRE en su intervención, manifestó:

...ha venido la defensa señor juez, haciendo afirmaciones respecto a la distancia desde la cual pudo presenciar los hechos la señora ANA YANDI LINARES VARGAS, distancia que

se ha tomado del levantamiento topográfico que solicitara esta defensa, como quiera que tal prueba no se pudo practicar dentro de la etapa respectiva por haber fenecido los términos y por haber llegado esta defensa pasada esta etapa probatoria, sin embargo no podía quedarse quieta esta defensa. Es por eso señor Juez que en ejercicio de derecho de petición, logré que un funcionario de la energía eléctrica de Boyacá me certificara que en el lugar donde se presentaron los hechos, esto es, en la diagonal que existe uniendo la marginal y la carrera 4 formando la Y no tiene alumbrado público, en ejercicio de ese mismo derecho de petición, el director del centro de salud Monterrey ha certificado que la señora Ana Yandi Linares Vargas fue atendida el 3 de julio de 2003 por un parto en donde nace vivo un bebe de sexo masculino a más de las fotografías que existen en el proceso, me he permitido tomar dos fotografías del sitio de los acontecimientos, una desde la vista de la marginal hacia la casa del señor Arnulfo Barreto y otra de la casa del señor Arnulfo Barreto hacia la marginal y en donde se puede apreciar claramente lo estrecho de la vía y la falta de alumbrado público. Por último, para hacer la afirmación que ha venido haciendo la defensa respecto de la distancia que dice la testigo, observó a los presuntos homicidas, se hizo levantamiento topográfico donde se ve que la distancia es de 62.40 metros. Ahora bien, con estos documentos demuestro que lo expresado por la señora ANA YANDI LINARES VARGAS, no está ajustado a la verdad...6.

De la anterior reseña procesal se deriva que la apoderada judicial de JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE hizo uso de la oportunidad procesal consagrada en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal de 2000 para “solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación y las pruebas que sean procedentes” y si bien es cierto no todas fueron decretadas, el juez de la causa motivó con suficiencia la negativa a practicar la diligencia de inspección judicial y a oficiar al centro de salud de Monterrey para efectos de aportar una certificación médica, decisiones que en su momento la apoderada no recurrió.

En cambio, motu proprio, decidió aportarlos en la audiencia pública, con el fin de controvertir el relato de la testigo de cargo, sin atender a la estructura del procedimiento consagrado para el desarrollo de la etapa del juicio, que prevé la audiencia preparatoria como único momento para solicitar pruebas, salvo lo dispuesto en el artículo 4047 y la audiencia pública para practicarlas, siempre que, por las circunstancias especiales señaladas en el artículo 401-2, no surja la necesidad de practicarlas por fuera del juzgado.

El respeto al debido proceso, entendido como la sucesión integrada, gradual y progresiva de actos relacionados entre sí de manera directa o indirecta, atañe tanto a los funcionarios judiciales como a las partes que intervienen en el proceso, quienes por mandato legal deben obrar con lealtad y buena fe frente a la administración de justicia.

La postura adoptada por la defensora en la audiencia pública, es contraria a estos postulados; bajo la errada consideración que podía allegar a la vista pública los medios de convicción que el director de la misma le había negado, argumentando que “no podía quedarse quieta esta defensa”, asumió que la gestión profesional encaminada a proteger los intereses del procesado, podía desarrollarla por fuera del control judicial cuando, por el contrario, la ley exige que las actuaciones del abogado que representa los intereses del implicado, sean transparentes y acompasadas a las finalidades del proceso penal.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante cuando reprocha que el Tribunal le negó validez jurídica a las pruebas que la defensa de su representado pretendió hacer valer de manera extemporánea y sorpresiva en la diligencia de audiencia pública, en franco desconocimiento del debido proceso, que garantiza a todos los sujetos procesales, en igualdad de condiciones, el conocimiento de las pruebas aducidas al proceso para que las puedan controvertir.

Acorde con estos parámetros surge razonable que el Tribunal, en sus consideraciones probatorias, argumentara que las afirmaciones del funcionario de la Empresa de Energía de Boyacá, señor René Pulido, “carecen de significación porque no obedece a una solicitud de las autoridades”, en tanto las partes no pueden ir aduciendo elementos probatorios de manera arbitraria, en el momento procesal que estimen conveniente y sin sujeción alguna a los principios de conducencia, pertinencia y utilidad. Precisamente, en la etapa del juicio, ese control lo ejerce el juez, en el desarrollo de las audiencias preparatoria y de juicio oral.

Es claro, entonces, que no había lugar a que el Tribunal estimara la prueba en cuestión.

De contera, ante la inexistencia del error in iudicando en relación con los documentos aportados en la audiencia de juzgamiento (fotografías, constancias del centro médico de salud y de un funcionario de la Empresa de Energía de Boyacá y planos topográficos), es inadmisibile que bajo esa errada postura se cuestione la legalidad de los fundamentos contenidos en el fallo recurrido, máxime cuando en lugar de establecer la incidencia del supuesto desacierto en la decisión final, como le correspondía, optó por criticar la validez de los juicios del sentenciador por haberle dado credibilidad a las declaraciones de Ana Yandi Linares Vargas, con lo que contribuye aún más al fracaso de la censura.

En no pocas oportunidades se ha indicado que el aspecto relativo a la valoración de los medios de prueba o el mérito que el juzgador le asigne a cada una de ellas, no es susceptible de cuestionar por vía de la casación, salvo que sea para demostrar que el funcionario judicial declaró una verdad opuesta a la que exhibe el proceso, por el quebranto serio y trascendente de las reglas de la sana crítica, método de interpretación que rige el sistema de apreciación probatoria. Pero en caso tal, es preciso orientar la censura por la vía del error de hecho por falso raciocinio y desarrollarla conforme a las directrices ampliamente difundidas por la jurisprudencia de esta

Corporación⁸.

El casacionista simplemente se dedicó a destacar los desaciertos en que incurrió la testigo de cargo, Ana Yandi Linares Vargas, cuyo relato tacha de incongruente, con la única finalidad de restarle credibilidad y, por esa vía, tratar de demostrar que no existe seguridad acerca de la participación de su defendido JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE, en los hechos por los cuales resultó condenado.

Una crítica individual, subjetiva, aislada de todo el conjunto probatorio, desligado del sistema de persuasión racional, como la propuesta por el demandante, jamás puede prevalecer sobre el análisis del sentenciador, quien está facultado para determinar, con apego a la sana crítica, si el relato de un determinado testigo merece credibilidad o no, a partir de un examen crítico, individual y conjunto de todos los elementos de convicción allegados al proceso. Es el sentenciador quien decide si acoge o no determinada prueba testimonial o parte de ella, máxime cuando el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal de 2000 –vigente para el momento en que se profirió la sentencia recurrida– le impone atender “especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que pueden observarse en el testimonio”.

Bajo ese contexto, advierte la Sala que el Tribunal en sus consideraciones, suministró las razones por las cuales le otorgó credibilidad al relato de Ana Yandi Linares Vargas, compañera marital del procesado Arnulfo Giraldo Barreto Alfonso, señalando que la testigo no solo declaró ante el Das, sino en la fiscalía, ratificando su exposición inicial y aportando otros datos que permitieron aclarar por completo lo ocurrido.

Sobre el particular se tiene, que la aludida testigo manifestó que al momento de los hechos

ella se ubicó “hacia un palo de mandarina” y desde allí pudo observar la agresión contra la víctima, precisó la distancia que había desde ese lugar al sitio del ataque -20 metros- e indicó que alcanzó a ver lo que ocurría porque más arriba había un chongo y una farola y al otro lado, la casa de una señora Nubia que deja las luces prendidas.

La iluminación aludida por la declarante, que el casacionista se empeña en negar sin razón de peso, le permitió observar la manera como Barreto Alfonso, Ramírez Suárez y MARTÍN AGUIRRE le causaron la muerte a Oscar Daniel Barreto; relato que adquiere firmeza cuando en el devenir de la investigación se confirman hechos significativos de los cuales Ana Yandi ya había dado cuenta a las autoridades.

Así mismo, señaló la declarante que una vez los homicidas dieron muerte a la víctima, traían en el carro un horno microondas, una cafetera, una cobija, un botiquín, un extinguidor, un televisor marca sony, un equipo de sonido pequeño, cepillos, papeles y una pistola.

En la investigación, una vez se encontró el cadáver Oscar Daniel Barreto, la funcionaria instructora practicó inspección judicial a la vivienda de éste y su hermana Jenny manifestó que hacía falta “un televisor sony de 14 pulgadas, equipo de sonido, horno microondas, reloj de pulso en oro marca rado”, elementos que coinciden con los señalados por la declarante.

También manifestó ésta que varias veces escuchó a la víctima suplicarle a los agresores “que no lo fueran a matar que él les daba plata que él tenía \$500.000 con lo que iba a llevar a la mamá...porque ellos viajaban a ...Bogotá”⁹.

Al respecto, el señor Fabio Barreto Ramírez manifestó en su denuncia, que el 14 de mayo de 2003, es decir al día siguiente de los hechos, “su hermano OSCAR DANIEL y la señora madre viajarían a Bogotá”, circunstancia que, como afirma el sentenciador, no tenía porqué conocerla Ana Yandi, quien solamente advirtió la presencia de la víctima

cuando llegó a la casa de su compañero marital junto con éste y los demás agresores, donde le dieron muerte.

Como si lo anterior fuera poco, la testigo manifiesta que los tres procesados y la víctima llegaron a la casa de Arnulfo como a la una de la mañana y precisó que el occiso Oscar Daniel estaba en pantaloneta. Esta manifestación también se encuentra corroborada en el plenario, con el relato de la señora Beyanira Sánchez, quien el día de los hechos atendía un establecimiento llamado “La Rockola” a donde llegaron tres hombres como de 20 a 25 años, hacia las 11:50 de la noche, quienes pidieron cervezas; que poco después llegó a ese lugar Oscar Daniel Barreto, “usando pantaloneta” el que se ubicó en la misma mesa y pagó la cuenta. A las 12:15 les manifestó que no podía venderles más y los cuatro se fueron en el carro de Barreto.

Acierta el Ad quem cuando afirma que este relato guarda correspondencia tanto en la hora que Ana Yandi manifiesta que llegaron los cuatro a la casa de Arnulfo, como en la prenda que vestía Oscar Daniel y las edades de los agresores.

Estas consideraciones y todas las demás contenidas en el fallo recurrido, demuestran que el sentenciador en una apreciación del conjunto probatorio, pudo establecer sin lugar a dudas, el claro propósito de los tres agresores de acabar con la vida de Oscar Daniel Barreto y apropiarse de sus pertenencias. Pero el demandante se alejó de esta realidad probatoria y encaminó su discurso a desvirtuar un testimonio adverso, razón de más para que el cargo no pueda prosperar.

Casación oficiosa

Tal como lo advierte la representante del Ministerio Público, la calificación jurídica de la conducta punible que se le atribuyó a los procesados Arnulfo Giraldo Barreto Alfonso y JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE en la acusación es la contenida en el artículo 103 del Código Penal, agravado por los numerales 2º, 4º, 6º y 7º del artículo 104, en concurso

heterogéneo con el artículo 240 numerales 3º y 4º agravado por los numerales 6º y 10 del artículo 241 y, no obstante al momento de dosificar la pena el sentenciador tuvo en cuenta una circunstancia de mayor punibilidad que no fue deducida, situación que resulta desconocedora del principio de legalidad y de las garantías fundamentales de los procesados.

En efecto, el sentenciador de primera instancia consideró, adicionalmente, que concurría la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, por estar demostrada la coparticipación criminal en la comisión del delito de homicidio, así como la circunstancia de atenuación consagrada en el numeral 1º del artículo 55 de la misma normativa, por la ausencia de antecedentes. En consecuencia, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 61 ibídem, consideró que debía dosificar la pena dentro de los cuartos medios que para el caso concreto van de 345 a 435 meses de prisión.

Ubicado dentro de ese ámbito de movilidad y luego de ponderar la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad del dolo y la necesidad de la pena, estimó que debía imponerle a Arnulfo Giraldo Barreto Alfonso, la pena de 360 meses de prisión o lo que es lo mismo, 30 años de prisión.

Similares consideraciones efectuó en relación con el delito de hurto calificado y agravado, por cuanto estimó que al concurrir agravantes, de debía aplicar el primer cuarto medio que oscila entre 67.5 y 93 meses de prisión y, atendiendo además a la gravedad de la conducta, estimó que debían fijar 72 meses de prisión o 6 años, los que adicionó a la pena del homicidio, para un total de 36 años de prisión.

Para corregir el yerro, se debe excluir la circunstancia de agravación contenida en el numeral 10º del artículo 58, en tanto que se mantiene la circunstancia de menor

punibilidad consagrada en el artículo 55 - 1 “carencia de antecedentes penales” situación que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal conduce a ubicarnos en el cuarto mínimo que, para el delito de homicidio, oscila entre 300 y 345 meses de prisión.

Como se hace necesario mantener los mismos criterios que el fallador tuvo en cuenta para determinar la pena, contenidos en el artículo 61 inciso 3º, efecto por el cual la aumentó en 15 meses, se tiene entonces que la pena a imponer es de 315 meses de prisión.

Para calcular la pena del hurto calificado y agravado, igualmente nos debemos ubicar en el primer cuarto mínimo que oscila entre 42 a 67.5 meses y, en definitiva, fijar la pena de prisión en 46.5 meses de prisión, dado que por la gravedad del delito el fallador aumentó 4.5 meses.

Como consecuencia, la pena a imponer al sentenciado Arnulfo Giraldo Barreto Alfonso es la de 361.5 meses de prisión o, lo que es lo mismo, 30 años 1 mes y 15 días de prisión.

Ahora bien; el Tribunal, al revocar la absolución dispuesta por el A quo a favor de JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE, también le impuso la pena de 36 años de prisión. Para ese efecto, se ubicó en los cuartos medios de punibilidad correspondientes a la conducta de homicidio agravado y, ante la existencia de circunstancias agravantes (art. 58 -10) y atenuantes (art. 55-1), le impuso la pena de 408 meses o 34 años de prisión -no sin antes ponderar la gravedad del hecho, la intensidad del dolo, etc.- a la que aumentó dos (2) años más por el delito de hurto calificado y agravado, incurriendo así en el mismo desatino de incluir la circunstancia de mayor punibilidad ya aludida.

Sin embargo, la Sala estima que a este sentenciado también se le debe imponer la pena de 30 años, 1 mes y 15 días de prisión, en consideración a que el Ad quem dejó clara su decisión de “no propiciar un desfase respecto del quantum asignado a

ARNULFO GIRALDO BARRETO ALFONSO”.

Cuestión final

La Sala no emitirá ningún pronunciamiento en relación con el memorial suscrito por la señora Jianer M. González de Rojas, presentado con posterioridad a la emisión del concepto del Ministerio Público, porque en sede del recurso extraordinario de casación, esta Corporación se debe ceñir al examen de lo debatido en las instancias.

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. DESESTIMAR el cargo formulado contra la sentencia recurrida.
2. CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE el fallo impugnado, en el sentido de imponer a los procesados ARNULFO GIRALDO BARRETO ALFONSO y JOSÉ MANUEL MARTÍN AGUIRRE la pena principal de treinta (30) años un (1) mes y quince (15) días, de acuerdo con lo razonado en precedencia.

Las demás determinaciones permanecen sin modificación.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Comuníquese y Cúmplase,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ

QUINTERO

Permiso

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

Cita medica

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Fls 5 y 6 C. Tribunal.

2 Fl 313 c.o.

3 Fl 511 c.o.

4 Fl 5 c. Tribunal.

5 Fls 391 y ss c.o.

6 Fl 457-458 c.o.

7 Cuando en la audiencia pública, luego de practicadas las pruebas ordenadas, el fiscal o el juez advierten la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, caso en el cual las partes pueden solicitar pruebas respecto de la nueva acusación.

8 Cfr sentencias de casación Nos 13876 de 18 de octubre de 2002 y 19199 de 29 de mayo de 2003, entre otras.

9 FI 139-143 c.o.