

Proceso n.º 32547

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta N.º 120.

Bogotá D.C., abril veintiuno (21) de dos mil diez (2010).

VISTOS

Se pronuncia la Sala en punto de la admisión de los libelos de casación presentados por los defensores de los procesados ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA y JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER con el objeto de sustentar el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta el 18 de abril de 2008, confirmatorio del dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad el 14 de septiembre de 2006 que condenó al primero de los mencionados como autor penalmente responsable, y al segundo como cómplice, del delito de homicidio agravado en la persona de Juan Gildardo López Valencia.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de mayo de 2000, en las instalaciones de la Penitenciaría Nacional Modelo de la ciudad de Cúcuta, en momentos en que era conducido por la guardia de prisiones para entrevista con su abogado, el señor Juan Gildardo López Valencia fue atacado con

armas cortopunzantes por un numeroso grupo de reclusos quienes le propinaron 60 heridas que precipitaron su deceso inmediato.

De los hechos anteriores se sindicó como autores materiales a los reclusos ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA, Jorge Alberto Ozuna Camargo, Ricardo Severino Sánchez, Rubén Darío Flórez Contreras y Luis Enrique Chacón Joya, como determinadores a Graciela Castillo Lindarte, Cristián David Barreto y John Jairo Casadiego Castillo, cabecillas de una organización delictiva rival a la que pertenecía el occiso y, como cómplice, a JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER, a quien se le atribuyó haberse encargado de distribuir el dinero pagado para dar muerte a López Valencia.

Dispuesta la apertura de instrucción de penal, a ella formalmente se vincularon los mencionados. De manera específica a los procesados ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA y JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER se les definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio agravado, sin beneficio de libertad provisional.

Clausurada la etapa instructiva, se calificó su mérito con resolución de acusación en contra de ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA y JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER, como presuntos autor y cómplice, respectivamente, del delito de homicidio agravado. Impugnado el calificadorio, fue confirmado por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cúcuta el 27 de agosto de 2004.

La fase del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma sede, ante el cual se tramitaron las audiencias preparatoria y de juzgamiento, a cuyo término profirió fallo el 14 de septiembre de 2006, mediante el cual condenó, entre otros, al acusado ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA a la pena principal de veintiocho (28) años y nueve (9) meses de prisión, y a JOHAN ALEXANDER SANTANDER

SANTANDER a la de catorce (14) años y quince (15) días de prisión al encontrarlos autor y cómplice, en su orden, del delito de homicidio agravado en la persona de Juan Gildardo López Valencia.

En la misma decisión, los condenó a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al tiempo que los condenó al pago en forma común y pro in diviso de perjuicios y les negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Impugnada la sentencia por la defensa de los procesados, fue confirmada por el Tribunal Superior de Cúcuta el 18 de abril de 2008, contra la cual los mismos sujetos procesales interpusieron recurso extraordinario de casación, sustentado mediante sendas demandas, sobre cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LAS DEMANDAS

En el libelo presentado a nombre de ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA se formulan cuatro cargos, en su totalidad sustentados en la causal tercera de casación prevista en el numeral tercero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por encontrar que la sentencia recurrida fue proferida en un juicio viciado de nulidad, proponiéndose el primero de ellos como principal y los restantes de manera subsidiaria.

Por su parte, en el escrito allegado por el representante de JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER se postulan igual número de cargos, donde el primero de ellos, con carácter principal, tiene abrigo en la causal tercera; el segundo (primero subsidiario), en la causal segunda por incongruencia entre el fallo y la acusación; y los dos últimos (segundo y tercero subsidiarios), en el motivo primero, por violación indirecta de la ley sustancial, derivada, en los dos casos, de errores de hecho por falsos juicios de existencia.

Para el estudio en punto del cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad de

las censuras, la Sala adoptará la siguiente metodología: en un mismo acápite sintetizará y expondrá su criterio respecto de los cargos propuestos con sustento en la causal de nulidad, esto es, los cuatro contenidos en la demanda allegada por la defensora de ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA y el primero de la demanda a nombre de JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER (principal); hará lo propio en relación con los últimos cargos (segundo y tercero subsidiarios) de este libelo, sustentados en la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial originada en errores de hecho por falso juicio de existencia, mientras que asumirá de forma individual el análisis de la restante censura de esta misma demanda, es decir, la segunda (incongruencia ente la sentencia y la acusación).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cargos con sustento en la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 (nulidad).

1.1. Planteamiento:

En el primer cargo (principal) de la demanda presentada por la defensora de ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA, se depreca la nulidad parcial del proceso desde la diligencia de indagatoria rendida por el mencionado, basado en que no se le notificó de la iniciación de la investigación penal seguida en su contra, con lo cual se vulneró su derecho de defensa, en detrimento de disposiciones constitucionales, legales e internacionales que así lo exigen.

Tal situación determinó que su defendido prácticamente llegara “a ciegas” a dicha diligencia, viéndose sorprendido con la imputación.

En el segundo cargo (primero subsidiario) del mismo libelo, se solicita la nulidad desde la indagatoria por la “falta de intimación de cargos” o, lo que es lo mismo, porque al indagado no se le puso en pleno conocimiento fáctico y jurídico, de la conducta objeto del proceso, en lo que atañe a las causales de agravación de la conducta de homicidio deducidas en la sentencia, situación que, asegura, lo privó de ejercer su derecho de defensa material.

En la tercera censura (segunda subsidiaria) de esta demanda, se expone que las sentencias de instancia exhiben deficiente motivación en relación con el análisis probatorio, la circunstancia de agravación deducida y la dosificación punitiva, aspecto que afectó el derecho de contradicción.

En el cuarto reparo (tercero subsidiario) del mismo libelo se aduce que se desconocieron los principios de legalidad y favorabilidad habida cuenta que el sentenciador se sustrajo a aplicar el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, previsto para los casos en que el fiscal solicita absolución, a pesar de lo cual optó por condenar a su prohijado.

Al haber solicitado el representante de la Fiscalía absolución para HERNÁNDEZ HERRERA, prosigue la defensora, tal manifestación ha debido entenderse, como así se concibe en la última normatividad procesal, como un retiro de los cargos, ante lo cual el funcionario judicial estaba impedido para condenar.

Por su parte, en el primer reproche (principal) de la demanda presentada por el defensor de JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER se acude a la misma causal, bajo la consideración de que los fallos de instancia exhiben motivación deficiente en relación con su responsabilidad como cómplice en el homicidio del señor Juan Gildardo López Velásquez, por no haberse precisado “cuál es el medio probatorio que ofrece aquella certeza”, indicativo ello de que “se intenta ahora condenar a mi prohijado con aspecto fácticos que nunca fueron debatidos ni en la instrucción ni en el

juicio”.

Además, afirma, nada se dice en relación con la persona de quién fue cómplice su representado, con lo cual se conculcó el debido proceso y el derecho de defensa.

1.2. Consideraciones de la Corte:

La Sala ha señalado de manera reiterada que la propuesta de nulidad con fundamento en la causal tercera de casación contemplada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, a pesar de gozar de cierta flexibilidad en su formulación, no por ello puede prescindir de algunos requisitos para que se entienda debidamente satisfecha.

En ese orden de ideas, es preciso que el casacionista identifique claramente el motivo sobre el cual gira la irregularidad que advierte, la causal de nulidad que procede como consecuencia de ese defecto, las normas que apoyan su pretensión, la trascendencia que genera, bien en el marco de la estructura del proceso o en el de las garantías fundamentales de quien la invoca, y el momento procesal a partir del cual se debe invalidar la actuación, así como la autoridad judicial a la cual corresponde su envío para que proceda a su enmienda.

Por lo mismo, se ha establecido que dicha pretensión está necesariamente vinculada con los principios que orientan su declaratoria, a saber, taxatividad, instrumentalidad de las formas, trascendencia, protección, convalidación y residualidad, previstos en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000.

De modo que sólo si la censura reúne los anteriores condicionamientos se podrá concluir que se ajusta a los requisitos previstos en el artículo 212 del mismo ordenamiento

procedimental, para así admitirla a voces de lo dispuesto en el siguiente artículo de ese estatuto.

Lo anterior, se insiste, amén de que los cargos de la demanda de casación se expongan de manera lógica y con un mínimo de argumentación adecuada, como surge de la exigencia contenida en el numeral tercero de la citada preceptiva al señalar que la demanda de casación deberá contener “la enunciación de la causal y la formulación del cargo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos y las normas que el demandante estime infringidas”.

En el primer cargo materia de análisis, la demandante pretexta vulneración del derecho de defensa porque no se notificó a su defendido de la iniciación de la investigación y aun cuando pretende radicar la incidencia de ese vicio en el hecho de que por tal razón no pudo conocer las imputaciones que existían en su contra y ejercer adecuadamente tal garantía durante la diligencia de indagatoria, es claro que con ese argumento pone de presente que desconoce el fin de la comunicación de esa decisión, no otro que el de informar sobre el inicio de la instrucción, sin que constituya, entonces, un acto procesal vinculante en cuanto a las conductas delictivas imputadas, como ocurre con la acusación.

Por eso con razón ha dicho la Corte que esa determinación carece de mayores formalidades, tanto que dentro de sus presupuestos contenidos en el artículo 331 del estatuto procesal, por parte alguna aparece la adecuación de las conductas, cuya delineación corresponde a momentos postreros de la actuación¹.

Por consiguiente es evidente que, en la forma como se plantea por la libelista, este cargo carece de trascendencia.

Respecto del segundo cargo ocurre algo similar porque la casacionista no tuvo en cuenta la realidad normativa existente para el momento en que su defendido rindió diligencia de indagatoria (8 de junio de 2000), fecha para la cual estaba vigente el artículo 360 del Decreto 2700 de 1991, según el cual se exigía del funcionario instructor interrogar “en relación con los hechos que originaron su vinculación”, requisito cumplido cuando en desarrollo de dicha diligencia se le indagó acerca de su responsabilidad en el homicidio de Juan Gilberto López Velásquez, enterándole, además, de las circunstancias fácticas que rodearon tal hecho.

Si ello es así, desde ya se advierte que la situación aludida por la censora, consistente en que no se le imputó jurídicamente a su defendido la causal de agravación específica del homicidio deducida en el fallo, no constituye irregularidad alguna, motivo por el cual se inadmitirá el reparo.

Igual suerte corren los cargos tercero de este mismo libelo y el primero de la demanda presentada por el defensor del procesado JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER, ambos sustentados sobre la base de que los fallos contienen una deficiente motivación. El primero, porque, según dice la libelista, no obra argumentación suficiente en el plano probatorio para sustentar su responsabilidad ni en orden a demostrar la causal de agravación específica referida y, el segundo, como también lo señala su defensor, dado que tampoco la existe para demostrar su responsabilidad como cómplice en la misma ilicitud.

No obstante lo afirmado por los censores, la lectura detenida de los fallos arroja otra conclusión, en el sentido de que el descontento con los fallos no se deriva tanto de la insuficiente motivación como porque no se comparten las razones expuestas para inferir su responsabilidad.

De esa forma se logra extraer que el verdadero propósito inherente a las censuras se

circunscribe a que la motivación se ajuste al criterio personal de los libelistas en torno a la apreciación de las probanzas, obviamente favorable para el interés que dentro del proceso representan.

Esa actitud no se allana a la causal de nulidad que se alega, ni a la naturaleza del medio extraordinario de impugnación, en donde no hay cabida para debatir posturas personales y el discurso debe estar necesariamente orientado a demostrar la existencia de errores que determinen la ilegalidad del fallo.

Así, frente a un punto específico del fallo y no tan abstracto como lo es que no se fundamentó adecuadamente la responsabilidad de los procesados (a saber, como autor y cómplice), cuando los fallos evidencian otra cosa, concretamente el relacionado con la concurrencia de la causal de agravación contenida en el numeral 4° del artículo 104 del C.P., por haberse cometido la conducta homicida por “precio”, en la sentencia de primer grado se precisó, aun cuando se alude a los determinadores pero se entiende extensivo a los autores y al cómplice, lo siguiente:

“Argumentan los señores defensores que no está probado que estos implicados hubieran determinado a los autores materiales a actuar, teoría que no puede compartir el Despacho, pues como acabamos de ver, fueron ellos quienes se comunicaron entre sí afanosamente tan pronto supieron del ingreso de alias Negro Peligro al penal, buscando con la misma diligencia instrucciones del jefe de la banda, Yargel Casadiego, por intermedio de su hermano y su señora madre, respondiendo Cristián que ya sabía él lo que tenía que hacer, dando instrucciones de la forma cómo debería ingresar el dinero a la cárcel con el fin de no ser detectado, hablando al mismo tiempo de repartirlo entre quienes hicieron ‘la vuelta’, a la que también hace referencia el guardián Puentes, de donde solo puede deducirse, como ya antes se dijo, que ‘la vuelta’ no puede ser otra que segar la vida del recién llegado, a quien le atribuían la muerte de otros de los integrantes del grupo como Petete y ‘los otros’...” (subraya fuera de texto).

Con suficiencia se explicó en la misma providencia que por la muerte de Juan Gilberto López Velásquez se repartió la suma de dos millones de pesos entre los autores materiales, como así se plasmó al analizar la conducta de SANTANDER SANTANDER a quien se le endilgó precisamente haber contribuido a la comisión de la conducta punible repartiendo entre los autores materiales esa cantidad:

“Respecto al grado de responsabilidad que pudiera deducírsele a JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER, si bien se sabe que hacia parte integrante de la banda liderada por su cuñado Yargel, como se deduce de la sentencia condenatoria contra él dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado (fs. 791-825) y que fue a él a quien se le confiaron los dos millones de pesos que debería llevar a la cárcel para pagar ‘la vuelta’, como se desprende de las llamadas telefónicas interceptadas, sin ser cierto que estaba destinada tal suma de dinero a la compra de una pizzería ubicada dentro del establecimiento carcelario...” (subraya fuera de texto).

A igual conclusión llegó el ad quem cuando también se ocupó de la responsabilidad de este procesado, al indicar que:

“...se demostró que la señora Graciela Lindarte de Castillo, madre de Yagel Casadiego Castillo, dispuso enviar un dinero a la cárcel para que dieran muerte a López Velásquez, y para el envío del dinero se acudió a SANTANDER SANTANDER, quien a su vez logró contactar un guardián para que entregara dicho dinero a los internos que finalmente acabaron con la vida del ‘negro peligro’...”.

Queda claro, en consecuencia que el punto de inconformidad de los recurrentes no está encaminado a demostrar que el fallo carece de sustentación suficiente, sino que no se comparten las conclusiones de los falladores a partir de la valoración probatoria, ante lo cual también se inadmitirán estas censuras.

Por último, en cuanto al cargo cuarto (tercero subsidiario) de la demanda presentada

a nombre del sindicado ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ, también postulado por la misma causal de casación, por considerar que se desconoció el principio de favorabilidad por inaplicación del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, fincado en el hecho de que no obstante en este caso el fiscal deprecó absolución para su prohijado se optó por condenarlo, debiéndose entender tal postura como un retiro de los cargos que da lugar exclusivamente a la absolución.

Es evidente que esta propuesta acusa serios defectos de argumentación, por omitir pronunciarse sobre el criterio decantado de esta Sala en relación con el punto cuestionado al precisar que tal figura es extraña a la naturaleza de Ley 600 de 2000 porque es diverso el rol que allí cumple el fiscal frente al de la Ley 906 de 2004 y, por ende, no es viable pregonar su aplicación por favorabilidad. En reciente decisión, la Colegiatura reiteró su jurisprudencia, tras hacer un recuento de las providencias más representativas sobre la materia:

“En criterio del libelista, debido a que al finalizar el debate probatorio en la audiencia pública de juzgamiento, el Fiscal delegado solicitó absolución para ..., se produjo el retiro de la acusación y, por lo tanto, el Juez de conocimiento perdió competencia para continuar adelante con las actuaciones subsiguientes, que surgieron afectadas de nulidad.

1.1 El tema que propone el defensor ya ha sido objeto de análisis por parte de la Sala de Casación Penal, para desvirtuar que en tal hipótesis se genere un motivo de nulidad, dado que en el régimen de procedimiento penal de la Ley 600 de 2000, una vez ejecutoriada la resolución acusatoria, el Fiscal asume la calidad de sujeto procesal y sus peticiones no obligan ni vinculan al Juez de la causa.

De igual manera, la jurisprudencia de esta colegiatura ha sostenido, y ahora lo reitera,

que en ese específico tema, no puede aplicarse por favorabilidad el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, cuerpo normativo que en lo pertinente al principio de congruencia exige solicitud de la Fiscalía, para que el Juez de conocimiento pueda condenar por determinado delito.

En los siguientes términos lo expresó la Sala de Casación Penal en Sentencia del 13 de junio de 2006 (radicación 15843):

“La solicitud de absolución que entonces hizo el fiscal en el curso de la audiencia pública no constituía en el régimen legal aplicado al asunto, ni tampoco en la Ley 600 de 2.000, una desaparición de los cargos formulados en la acusación, porque ésta formal, material y legalmente existía con los efectos que le eran propios, por ende ninguna vulneración al debido proceso cabe predicar por ese respecto y en consecuencia el cargo carece de prosperidad.

No ha de olvidarse que si bien –en todo caso- el titular de la acción penal es el Estado, en vigencia tanto del Decreto 2700/91 (art. 24) como de la Ley 600/00 (art. 26) era a la Fiscalía en la etapa de investigación y a los jueces en la de la causa, a quienes competía el impulso o el ejercicio de la misma, a diferencia de lo previsto en la ley 906/04 (art. 66) que le atribuye exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación la carga del impulso de la acción penal.

De esa diferencia nace la posibilidad para el respectivo fiscal de retirar o no los cargos, como que en el trámite del Decreto 2700 y la ley 600 está inhabilitado para hacerlo, porque de cara a la resolución acusatoria ejecutoriada ésta se convierte en ley del proceso y en marco dentro del cual se desarrolla el juicio y se pronuncia el juez, no pudiendo asimilarse a tal retiro la petición que de absolución haga el fiscal porque surja prueba conclusiva en contrario (art 142-11 ley 600/00) o porque la tenida en cuenta para acusar no satisface el grado de certeza que exigen el Decreto 2700 (art. 247 y la ley 600 (art. 232).

En cambio, en aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolució sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación -petición de condena- sentencia.

Así, una gran diferencia se encuentra en este campo respecto de la ley 600 y el Decreto 2700 en la medida en que -en contra de lo que ocurre en la ley 906- un juez de conocimiento puede condenar a un acusado aún mediando petición expresa de absolució por parte del fiscal, ministerio Público, sindicado y defensor.”

En idéntico sentido se pronunció esta Sala de la Corte en Sentencia de Casación del 14 de marzo de 2007 (radicación 23243), donde acotó:

“6. En efecto, ha destacado la doctrina de la Sala que a la Fiscalía dentro de la filosofía procesal de la Ley 600 de 2.000 y acorde con el artículo 26 se le ha discernido durante la fase de investigación el ejercicio de la acción penal -la que corresponde al Estado-, pero que con la ejecutoria de la resolución de acusación que da lugar al comienzo de la etapa del juicio -artículo 400 id.-, el Fiscal adquiriría la calidad de sujeto procesal, correspondiendo la acción penal a los jueces, de manera que aun cuando se hace imperativa la presencia de la Fiscalía en la audiencia pública, no está obligada a sostener la acusación, como tampoco el sentenciador a adoptar la decisión con sujeción a lo peticionado por tal sujeto, toda vez que la independencia en ese orden era plena (Fallos 17.167 de 6 de septiembre de 2.001, 19.169 de 11 de diciembre de 2.003 y 21.837

del 17 de marzo de 2.004).

7. En un contexto semejante, desde luego, también fue descartada la incongruencia entre la acusación y la sentencia que en el mismo orden de vicio procesal fue argüida, toda vez que la disonancia reprochable es la que surge -como resulta bien sabido-, pero de la variación fáctica o jurídica del pliego de cargos en el fallo, esto es, que una conformidad en este sentido se mantendría siempre y cuando se condene por los delitos que fueron objeto de imputación calificatoria, lo que sería jurídicamente errado (21.769 de 15 de septiembre de 2.004).

(...)

9. Por tanto, el hecho de que la Fiscalía hubiese solicitado absolución en desarrollo del rito público no configura en el sistema procesal aplicado de la Ley 600 de 2.000, ninguna irregularidad con la pretendida lesividad del debido proceso.”

1.2 Y en concreto, con relación a la ausencia de condiciones jurídicas para aplicar por favorabilidad a los casos regulados por la Ley 600 de 2000, lo concerniente a la congruencia como es regulada en la Ley 906 de 2004, en cuanto en el sistema acusatorio si el Fiscal retira los cargos el Juez no puede emitir sentencia condenatoria, en la Sentencia del 13 de abril de 2008 (radicación 27413), la Sala de Casación Penal señaló:

“A partir de este razonamiento, es claro que el ejercicio jurídico tendiente a verificar la procedibilidad de la aplicación favorable de la Ley 906 de 2004 no puede elaborarse en el presente caso, por cuanto al cotejar los dos sistemas (mixto con tendencia acusatoria y acusatorio) no existe una norma que en idéntico sentido regule el mismo supuesto de hecho con consecuencias jurídicas más benignas para el procesado.

Y ello no ocurre, precisamente porque las facultades y calidades de la fiscalía y del juez de conocimiento en los dos sistemas procesales penales son diferentes.

En efecto, en el sistema regulado por la Ley 600, proferida la resolución de acusación e inclusive variada la calificación jurídica provisional, el juzgador no queda vinculado indefectiblemente a ellas sino que puede o no admitirlas, cuidando por supuesto, de respetar el principio de congruencia.

El juez dirige el proceso, puede actuar de oficio y su decisión final debe respetar los lineamientos de la acusación que es una providencia judicial.

Así mismo, en este estadio procesal, la fiscalía encargada primariamente de investigar y acusar, deja de ser el representante del Estado, para convertirse en un sujeto procesal como los otros (defensa, ministerio público, terceros incidentales), cuyas peticiones pueden o no ser atendidas por el funcionario judicial de conocimiento.

En el sistema regulado por la Ley 906, la fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes.”

1.3 Así las cosas, es claro que si bajo el esquema procedimental de la Ley 600 de 2000, en su intervención final el Fiscal delegado solicitó absolución para ..., porque en su parecer no fue posible arribar al grado de certeza requerido para declararlo penalmente responsable, tal petición no era de obligatorio acogimiento para el Juez y, por lo tanto, el funcionario judicial no incurrió en la falta de competencia que el casacionista erige en causal de nulidad...”2.

Como la impugnante en ningún momento se ocupó de rebatir los planteamientos de la Sala, refulge diáfano que, como ya se precisó, su propuesta evidencia defectos de argumentación por insuficiencia, lo cual impone, como se ha dicho en relación con todos los cargos objeto de análisis en este acápite, su inadmisión.

2. Segundo cargo (primero subsidiario) de la demanda a nombre de JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER. Causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 (incongruencia).

2.1. Planteamiento:

Para el censor la sentencia impugnada desborda la concordancia que debe existir entre los cargos proferidos en la acusación y la sentencia, toda vez que en esta última se dejaron de lado las circunstancias de agravación consideradas en la primera.

Lo expuesto, advierte, pues en el calificadorio “se habló sólo del numeral 4° del artículo 104 del Código Penal” , pero en el fallo se le endilgaron las contempladas en los numerales 6° y 7° de la misma disposición no formuladas legalmente en aquel, cuya aplicación incongruente repercutió en la dosificación punitiva.

2.2. Consideraciones de la Sala:

En sede del recurso de casación la demanda debe someterse al postulado de corrección material, acorde con el cual los planteamientos que sustentan la pretensión deben ceñirse a la realidad procesal. Si ello se detecta desde el momento mismo de su calificación, evidente refulge su inadmisión.

Ello es lo que aquí se logra constatar tras consultar el texto de la resolución de acusación proferida en contra del procesado JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER.

En efecto, mediante proveído del 27 de noviembre de 2003, la Fiscalía Primera de la Unidad de Vida de la ciudad de Cúcuta calificó el mérito del sumario contra el

mencionado con resolución de acusación por el delito de homicidio agravado a título de cómplice. En un aparte específico de esa pieza procesal, bajo la denominación de “calificación jurídica provisional” se precisó que “la conducta punible que aquí se investiga, se encuentra tipificada en el Libro Segundo -Parte Especial- Título I- capítulo Segundo -Del Homicidio -art. 1043 (sic) y 104 numeral 4 -que contempla como pena a imponer de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión” (subraya fuera de texto).

Sin embargo, en la parte final de la misma providencia, el instructor adujo que la conducta punible por la cual procedía la resolución de acusación en contra de SANTANDER SANTANDER, entre otros, era la de “homicidio agravado conforme a los numerales 4, 6 y 7, en atención a haberse ejecutado la conducta por precio o promesa remuneratoria, con extrema sevicia y aprovechándose de la situación de indefensión de la víctima” (subraya fuera de texto).

Nótese entonces que, a diferencia de lo que sostiene el actor, en tal pieza procesal no sólo se imputó la circunstancia de agravación referida en el numeral 4° del artículo 104 del Código Penal sino, igualmente, las de los numerales 6° y 7° ibídem.

Ahora, si bien esta decisión fue recurrida y por ello conoció la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal de la misma ciudad el 27 de agosto del año siguiente, no se adoptó ninguna determinación que modificara este aspecto.

A su vez, en la sentencia condenatoria de primer grado el juzgador únicamente tuvo en cuenta la causal específica de agravación del homicidio prevista en el numeral 4° del artículo 104, como así lo plasmó en la siguiente consideración:

“..conducta que entonces se adecua perfectamente a la que define, tipifica y sanciona como delito el artículo 103 de nuestro actual Código Penal, deduciéndose que actuaron los autores materiales por precio, como se explicará más adelante,

circunstancia que agrava la punibilidad a imponer, de conformidad a lo estipulado por el numeral cuarto del artículo 104 ibídem, pudiéndose entonces pregonar con certeza, sin lugar a duda razonable alguna, que no encontramos frente a un hecho típico de homicidio agravado”.

Consecuente con el anuncio anterior, en el acápite de “dosificación de la pena” el juzgador sólo tuvo en cuenta para el efecto esta circunstancia, como así lo consignó expresamente:

“En cuanto a la pena a imponer, tenemos que violaron los acusados la norma contenida en el artículo 103 de nuestro Código Penal vigente, siendo la pena a imponer la estipulada en el canon 104, al concurrir la circunstancia de agravación ya referenciada, la cual se encuentra fijada de veinticinco a cuarenta años de prisión”.

Valga precisar que el Tribunal, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra esta sentencia, ninguna alteración realizó a este aspecto.

De lo anterior se desprende con claridad meridiana que el demandante, por doble vía, no se ajusta a la realidad del proceso. Por una parte, cuando señala que en la acusación sólo se imputó la circunstancia específica de agravación del delito de homicidio prevista en el numeral 4° del artículo 104 del C.P., cuando queda claro que en esa decisión también se incorporaron las contempladas en los numerales 6° y 7° ibídem y otra cosa es que en la sentencia se hayan descartado.

Y, por otra parte, al afirmar que esa situación repercutió en el proceso de individualización de la pena porque, como quedó visto, únicamente para tal efecto se consideró la circunstancia del numeral 4° ejusdem.

Con esas falencias, en cuanto el reparo no refleja la realidad procesal, se impone su inadmisión.

3. Cargos tercero y cuarto (segundo y tercero subsidiarios) de la demanda a nombre de JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER. Causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 (violación indirecta).

3.1. Planteamiento:

En las dos censuras sometidas a análisis el censor postula errores de hecho por falsos juicios de existencia.

Así, en el cargo tercero señala que por razón de ese yerro se condenó a su defendido como cómplice cuando ha debido condenárselo como encubridor.

Destaca, en tal sentido, que en el proceso no está demostrado que SANTANDER SANTANDER hubiera celebrado un acuerdo previo con los determinadores de la conducta para contribuir a la conducta de homicidio en la persona de López Velásquez.

En la sentencia materia de impugnación, agrega, se fincó la responsabilidad de su prohijado en transcripciones de una grabación telefónica sostenida entre éste y Graciela Lindarte de Castillo, a partir de las cuales se dedujo que fue la persona encargada de ingresar una suma de dinero al penal para consumar la conducta, para lo cual se habría valido de un guardián de dicho establecimiento, a quien no se le recibió declaración.

Sin embargo, sostiene, no se puede considerar esta prueba como “plena y completa de la supuesta contribución de SANTANDER SANTANDER”, toda vez que se trata de prueba trasladada de manera irregular a esta actuación, sin que obren los casetes que las contienen.

Por lo tanto, concluye, como no hubo acuerdo previo para la contribución o ayuda

de llevar dineros al establecimiento carcelario no se configura la complicidad atribuida “y nos lleva a rogar, por lo menos, la aplicación del cargo alternativo, de menor gravedad como punibilidad, en lo atinente al encubrimiento”, consagrado en el artículo 446 del C.P.

Por su parte, en el cargo cuarto de este escrito, el censor aduce que a su defendido se lo debe absolver del cargo imputado por cuanto no está demostrado que hubiera ingresado el dinero al centro de reclusión, habida cuenta que para el día en que se dice ello ocurrió se encontraba en el sepelio de Miguel Alexander Moncada, como así se acreditó en la actuación, mediante fotografía allegada antes de que tuviera desarrollo la audiencia preparatoria.

Como nada se argumentó en relación con esta “prueba nueva”, el yerro invocado se configura, motivo por el cual depreca casar el fallo y, en su lugar, absolver a su prohijado.

3.2. Consideraciones de la Sala:

En los cargos sometidos a análisis, el casacionista advierte que con la sentencia se ha incurrido en violación indirecta de la ley sustancial derivada de sendos errores de hecho por falsos juicios de existencia.

A través de su inveterada jurisprudencia la Sala ha precisado que este tipo de yerro tiene ocurrencia cuando un medio de prueba es excluido de la valoración que efectúa el juzgador no obstante haber sido allegado al proceso en forma legal, regular y oportuna (ignorancia u omisión) o porque el juzgador lo crea a pesar de no existir materialmente en el proceso (suposición o ideación), otorgándole un efecto trascendente en la sentencia.

Ante estas hipótesis, el recurrente está obligado a (i) identificar el medio de prueba que en su criterio se omitió o se supuso, (ii) establecer la incidencia de esa omisión o

suposición probatoria en la decisión que se controvierte y en favor del interés que se representa, lo cual comporta la necesidad de demostrar que el fallo atacado no se mantiene con otros elementos de juicio y (iii) demostrar de qué forma se violó la ley sustancial con ese defecto de apreciación, ya sea por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Pues bien, de lo esbozado por el demandante en los dos reproches, se advierte que su propuesta no se encasilla en los presupuestos del error enunciado y en ninguno de los posibles yerros que dan lugar a la casación del fallo.

Lo afirmado, porque en la primera censura desvía su discurso hacia otra modalidad de yerro de apreciación probatoria, como lo es el error de derecho por falso juicio legalidad, el cual se presenta o bien porque se le confiere validez jurídica a una prueba tras suponer que satisface las exigencias formales de aducción o producción o porque se considera que no las reúne, cumpliéndolas.

En este caso, podría decirse que el actor se inclina hacia el primer predicado pues estima que se le otorgó valor probatorio a unas transcripciones de unas conversaciones telefónicas sostenidas por su prohijado allegadas de forma irregular, y no habría ningún inconveniente en aceptar el planteamiento si no fuera porque, apartándose de las exigencias demostrativas que surgen de una tal pretensión, no señala en concreto cuáles son los rigorismos legales exigidos para la aducción o formación de la prueba, ni mucho menos la disposición normativa que las contiene.

Con el último reproche de esta demanda sucede algo similar dado que ni siquiera se individualiza la prueba en concreto sobre la cual recae el error, pues el planteamiento del actor se basa en una generalidad, como lo es señalar que su defendido para el día en que se le atribuye ingresó al penal con el dinero para pagar a los autores materiales del

homicidio asistió a un sepelio, situación que lejos está de eximirle de responsabilidad, no sólo por su ineptitud probatoria en los términos expuestos, sino porque revela la intención de reabrir una discusión probatoria superada en instancias.

De esa forma lo que se logra advertir es que en las dos propuestas objeto de estudio, a la final lo que persigue el libelista es imponer un criterio personal de valoración probatoria sobre el expuesto por el juzgador, pero, como mucho lo ha dicho la Sala, tal forma de concebir el recurso no tiene cabida en esta sede extraordinaria por no constituir una tercera instancia de decisión y porque tampoco logra desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que gobierna al fallo, para lo cual es preciso demostrar, de acuerdo con la causal de casación seleccionada, yerros trascendentes en la apreciación de las pruebas con incidencia en la ley sustancial.

En ese orden de ideas, se concluye en relación con todos los cargos, que exhiben defectos de lógica y de argumentación que determinan su inadmisión por incumplir los requisitos previstos en el artículo 212, numerales 3° y 4°, de la Ley 600 de 2000, los cuales, por virtud del principio de limitación que regenta este medio extraordinario de impugnación, consagrado en el 216 ibídem, la Sala no puede subsanar. Por consiguiente, se procederá a ordenar la devolución del expediente al despacho de origen, tal como lo señala el artículo 213 ejusdem.

A ello se procederá, además, porque tampoco se observa que durante el trámite del proceso o con ocasión del proferimiento del fallo se hubiera incurrido en vulneración de garantías fundamentales que ameriten intervención oficiosa de la Sala, según la previsión contenida en el artículo 216 del estatuto procesal penal.

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

RESUELVE

INADMITIR las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados ÓSCAR ALBERTO HERNÁNDEZ HERRERA y JOHAN ALEXANDER SANTANDER SANTANDER, de conformidad con los argumentos manifestados en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Entre otras, cfr. decisión del 21 de noviembre de 2002, rad. 11529.

2 Sentencia del 22 de mayo de 2008, rad. 28124. En el mismo sentido, entre otras, decisiones del 29 de julio de 2008, rad. 28961 y del 27 de octubre de 2008, rad. 26099.