

Proceso n.º 33697

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado Acta N°187

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Andrés Fernando García, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que revocó la proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, y en su lugar se le condenó como coautor de los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- Los primeros fueron tratados en el fallo impugnado de la siguiente manera:

Se tiene conocimiento que el día 14 de mayo de 2005, en horas de la tarde se desplazaba el señor Duberney Toro Quintero, en compañía de Jhon Jairo Carmona Martínez, Norberto Ayala y la menor Girley Andrea Toro, por el sector de la calle 9ª entre carreras 6ª y 7ª de la ciudad de Yumbo, cuando fueron interceptados por otro vehículo y

sorpresivamente atacados con armas de fuego, deviniendo como consecuencia de ello la muerte del primero de los nombrados y heridos los restantes, de esos hechos se acusa a título de autores materiales a Jimmy Balanta Gómez y Andrés Fernando García.

2.- Abierta la investigación y vinculados mediante indagatoria Andrés Fernando García, Jimmy Balanta Gómez, Carlos Alberto Ramos Bedoya, José Guillermo Soto Reina, Víctor Fabian Vallejo Domínguez, Cristian David Reyes Vallejo, Eider Velasco Perdomo, Richard Rojas López, Juan Camilo Gómez Parra, Carolina Pereira Camacho, José Germán Velasco Varona, César Augusto Velasco Chávez, José Guillermo Reina Soto, Cecilia Gómez Marín, Alejandro Saavedra Lasprilla, Alfredo Emilio Sánchez Carabalí, y Jhon Maicoln González, la Fiscalía 11 Delegada Seccional de Cali mediante resolución del 26 de mayo de 2005 dispuso contra los cuatro primeros medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin derecho a libertad provisional, como coautor de los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de armas, y se abstuvo de imponerla a los restantes.

3.- El 15 de julio siguiente, ese despacho modificó de manera parcial la resolución en cita, y en su lugar otorgó la libertad a Carlos Alberto Ramos Bedoya e impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a Cristian David Reyes Vallejo por las conductas punibles referidas.

4.- Cerrada la instrucción, la misma Fiscalía el 31 de marzo de 2006 profirió resolución de acusación contra Jimmy Balanta Gómez y Andrés Fernando García, por las conductas punibles atribuidas al momento de la definición de situación jurídica, y precluyó la investigación a favor de Cristian David Reyes Vallejo y José Guillermo Reina Soto, y de las otras personas que se vincularon, decisión que alcanzó ejecutoria el 24 de abril de 2006, toda vez que los sujetos procesales no la impugnaron.

5.- Correspondió al Juzgado Séxto Penal del Circuito de Cali ciudad adelantar el juicio y

celebrada la audiencia de juzgamiento, el 10 de noviembre de 2006 absolvió a Jimmy Balanta Gómez y Andrés Fernando García de las conductas punibles referidas.

6.- La providencia anterior fue apelada por el Ministerio Público, y el Tribunal Superior de Cali el 7 de septiembre de 2009 la revocó. En su lugar les condenó a las penas de cuatrocientos cincuenta y seis (456) meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual, y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena como coautores de los delitos en cita, fallo que fue objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA:

1.- Al amparo de la causal primera (cuerpo segundo) del artículo 207 de la ley 600 de 2000, la defensora de Andrés Fernando García formuló una censura en la que acusó al Tribunal de incurrir en error de hecho derivado de falso raciocinio en la apreciación de algunas pruebas, lo que condujo a la falta de aplicación de la duda probatoria.

Adujo que el ad quem se introdujo en las siguientes falencias: (i).- acudió a una personalísima ideación acerca de lo que pudo ocurrir en ese “acaecer cruento de incuestionable gravedad”, (ii).- otorgó credibilidad al testimonio único de cargo Jhon Jairo Carmona Martínez quien además de retractarse se contradijo a través de “manifestaciones inveraces” que resquebrajaron su veracidad, (iii).- hizo “concreciones directas” producto de “creencias falsas” para sustentar la responsabilidad penal, y (iv).- valoró como indicios graves situaciones que no tienen esa condición.

1.1.- Afirmó que Carmona Martínez incurrió en mentiras a través de manifestaciones que se descartaron, cuando afirmó que además de los aquí procesados, también, participaron cuatro personas que se transportaban en dos motos, hecho complementario que fue producto de su imaginación, toda vez que eso no ocurrió.

1.2.- Expresó que el Tribunal otorgó fuerza probatoria a un testimonio falso que no tenía la “posibilidad de acreditar ante la justicia la identidad de los homicidas”. Adujo que en el plano de las posibilidades es dable plantear que Andrés Fernando García y Jimmy Balanta Gómez pudieron ser coautores de los hechos, ejercicio que de igual es dable efectuar respecto de otras personas, pero que eso no se probó, máxime que Carmona Martínez se retractó de lo dicho en forma inicial y adujo que lo hizo “porque unos agentes de policía le pagaron para que declarara de esa forma”, cambios de sentido y ambivalencias de los que no surge la certeza, pues no es dable determinar en que momentos fue veraz el testigo, ni en cuáles oportunidades sus manifestaciones coincidieron con la verdad o se apartaron de ella, de lo cual surge el in dubio pro reo.

1.3.- Adujo que la segunda instancia optó por recordar de manera azarosa una selección de los relatos mentirosos y contradictorios del testigo en cita, y desechó en forma arbitraria aquellos apartes que evidenciaban la liviandad de lo dicho por éste, ejercicio que constituye un falso raciocinio, falencia que, además, se concretó al “no oír las razones del juez de primera instancia”.

1.4.- Manifestó que la sentencia está viciada porque otorgó a unos indicios la condición de graves de la cual carecen, circunstancia que se pone de presente cuando el Tribunal consideró que el móvil del homicidio de Duberney Toro Quintero fue una “supuesta divergencia por asuntos amorosos” entre éste y Jimmy Balanta Gómez, quien “había intentado quitarle una novia a Toro Quintero”, deducción que a su juicio es “descabellada” toda vez que ese enfrentamiento “de faldas” no fue motivo de referencia por parte de Verónica Zapata (novia del occiso) ni por Norberto Ayala, personas que debieron conocer del tema.

1.5.- Planteó que existe una disparidad entre lo que las pruebas acreditan y lo que el Tribunal dijo que ellas expresaban, defecto mediante el cual “se echaron por la borda” elementales principios de sentido común, máximas de la experiencia y reglas de la sana

crítica, que de haberse tenido en cuenta habrían conducido a absolver por duda a Andrés Fernando García toda vez que en la actuación no se consolida la certeza.

Por lo anterior, solicitó a la Sala casar la sentencia y en su reemplazo proferir una de carácter absolutorio a favor del acusado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- El recurso extraordinario de casación entendido como control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segundo grado se halla des-formalizado en lo relativo a las exigencias rigurosas de debida técnica que en el pasado inmediato se demandaban, a las que en el presente no se les debe otorgar preponderancia pues ello implicaría contrariar el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, en la medida que los controles de referencia no recaen sobre lo formalmente demandado sino sobre el proceso en sí y lo sustancialmente decidido en las instancias.

El anterior postulado se debe hacer extensivo incluso para las impugnaciones que se efectúen contra las sentencias de segundo grado proferidas en vigencia de la Ley 600 de 2000, pero la des-formalización no convierte a la casación penal en una tercera instancia para prolongar en libre discurso los debates dados en los fallos de instancia sobre unas presuntas violaciones indirectas derivadas de falsos juicios de raciocinio y falta de aplicación de la duda, aspectos que de manera genérica pero nada concreta se enunciaron en la demanda sin ninguna trascendencia en las disposiciones del fallo impugnado.

En esta sede extraordinaria a efecto de la prosperidad de los cargos antes que exigencias formales de debida técnica lo que se demandan son requerimientos lógicos y jurídicos que sean desarrollados con razones suficientes en la finalidad de evidenciar a la Corte con efectiva trascendencia sustancial que la declaración de justicia objeto de impugnación, la cual llega a esta sede extraordinaria amparada por los principios de

presunción de acierto y legalidad, se fundó en errores de hecho o de derecho manifiestos o se profirió al interior de un J.C. viciado por irregularidades que afectaron la estructura o la garantía del debido proceso o del derecho de defensa, errores in iudicando o in procedendo claramente diferenciados en sus realidades y alcances que reclaman el correspondiente control legal o constitucional y los necesarios correctivos sustanciales o procesales de que se trate.

2.- Por tanto, cuando en la demanda de casación se omiten las exigencias relacionadas con una adecuada formulación del cargo y se deja de señalar con claridad y precisión debida sus fundamentos o cuando lo acusado se queda en el plano de los enunciados como aquí ha ocurrido sin demostración ni incidencias reales de infirmación ni de mutación total o parcial de lo resuelto en la segunda instancia, la consecuencia procesal inmediata no puede ser otra que la inadmisión según así lo estatuye el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

3.- Las siguientes son las falencias que se advierten en la impugnación presentada por la defensora de Andrés Fernando García.

3.1.- Desacierta la casacionista al plantear de manera genérica que el Tribunal incurrió en falencias de hecho derivados de falso raciocinio. En efecto:

Desde la perspectiva de las exigencias lógico-jurídicas sustanciales dirigidas a socavar en forma total o parcial lo resuelto en las instancias, debe insistirse que las impugnaciones que en casación penal se efectúen por la modalidad del error referido, el cual se materializa por la violación que efectúan los juzgadores a los postulados de la sana crítica, no pueden quedarse en el plano de lo enunciativo como en este cargo único ha ocurrido.

La sana crítica se identifica con los ejercicios de verificabilidad del conocimiento hacia la aprehensión de la verdad, proceso en el que los jueces deberán ser respetuosos de las

máximas generales de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia que al ser correctamente aplicadas permiten efectuar inferencias acertadas, llegar a conclusiones y otorgar credibilidad a los distintos medios de convicción habida razón de la verosimilitud de los mismos.

Tratándose de esta clase de censura, es decir, de los errores de hecho derivados de falsos raciocinios, corresponde al casacionista no quedarse en meras afirmaciones pregonando genéricamente que se violaron las reglas de la sana crítica, sino que por el contrario se torna obligatorio identificar con puntualidad si la trasgresión se dio de manera específica en una máxima de experiencia, en una ley de la lógica formal o dialéctica, en una ley de la ciencia y determinarla, además penetrar en la incidencia de dichos errores en las disposiciones de la decisión, demostrando que de no haber ocurrido dichas falencias valorativas otro habría sido o podido ser el sentido de lo sustancialmente decidido, aspectos estos que omitió la casacionista quien se limitó en su discurso a descalificar que en la sentencia se “otorgó credibilidad a un testigo mentiroso que se retractó, la segunda instancia seleccionó de manera azarosa relatos falaces y contradictorios del testigo único, y se otorgó a unos indicios la condición de graves de la cual carecen”, pero para nada se ocupó en demostrar dicho vicio in iudicando ni menos en evidenciar su trascendencia en lo resuelto en el fallo impugnado.

3.2.- En lo que corresponde al inexistente error de raciocinio por haberse otorgado fuerza probatoria al testimonio de Jhon Jairo Carmona Martínez quien se retractó de las afirmaciones inculpativas que en forma inicial expresó contra Andrés Fernando García y el otro procesado, debe tenerse en cuenta lo que la Corte ha dicho:

En las sentencias de casación del 9 de noviembre de 1994 (Radicado. 8.887), del 25 de mayo de 1999 (Radicado. 12.855), del 4 de abril de 2003 (Radicado. 14.636), del 27 de julio de 2006 (Radicados: 25.5031

y 24.679); esta Sala viene disciplinando:

La retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso (...) si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas. No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa...”

En una nueva decisión del 21 de febrero de 2007 (Radicado. 23.164), la Corte afirmó:

De acuerdo con el sistema racional de apreciación probatoria, la retractación por sí sola no anula las afirmaciones que en apariciones procesales precedentes haya realizado el atestante, por el contrario, es necesaria una exigencia valorativa adicional a fin de comparar o cotejar sus contradicciones.

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, en lo que respecta al juicio establece en el numeral tercero del principio trigésimo tercero que: “En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba los jueces en los supuestos de testigos de referencia; declaración de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que sólo con otras pruebas corroboradoras de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria” (Realce ajeno al texto).

En consecuencia, como la retractación se encuentra íntimamente ligada a la valoración

ponderada del testimonio, su análisis no puede ser aislado o apartado del mismo, por el contrario, es una dualidad de expresión donde siempre habrá una versión que se opone, enfrenta o contradice otra.

Los funcionarios que administran justicia deben seleccionar -si a ello hay lugar- una de las dos o excluirlas ambas -según el caso-, pero no por capricho, tozudez o aquiescencia evidente con alguna; se requiere, entonces, un proceso de cotejo entre ellas, el estudio detallado de las explicaciones presentadas en cada una con el fin de imprimirle certeza o incertidumbre, el análisis de los motivos obligatorios o voluntarios para haberla rendido, las razones que lo llevaron a cambiar diametralmente de parecer, junto con la observación del tiempo transcurrido entre ellas y, el descarte, de incoherencias sustanciales en la versión que se acogerá, pues cuando existe choque de aserciones, es deber de la colegiatura sopesar los medios testimoniales bajo una hermenéutica individual y de conjunto, a fin de difundir credibilidad o no a alguna de las dos declaraciones o quizás desecharlas, si ninguna se aviene con los hechos jurídicamente relevantes y el plexo probatorio en general, pero siempre con fundamento en el estudio racional del testimonio, relevado por los criterios de la sana crítica.

Por tanto, jamás podrá ser fundamento incontrovertible, ni menos aún se puede pensar que quien revoca, invalida o rescinde su dicción, plasma la verdad real en su novísima versión y, por sustracción de materia, debe creérsele contra cualquier contingencia, para de contera, eliminarle, suprimirle o prescindir su anterior declaración; tal proceder jamás será una regla de la lógica, postulado de la ciencia, pauta de la experiencia o del sentido común, para concluir que cuando una persona se retracta, todo lo expresado en sus diversas manifestaciones cognoscentes pierda validez o eficacia probatoria. Deberá, por lo tanto, campear un discernimiento judicial objetivo y puntual, extractado de los diversos medios, a fin de determinar con cuál de ellos concuerda, coincide y se aviene la realidad procesal, excluyendo -como es natural- aquellas circunstancias o aspectos divergentes².

De otra parte, se advierte que la exclusión de la retractación que hizo Jhon Jairo Carmona Martínez por parte del Tribunal no fue un ejercicio tozudo, arbitrario ni caprichoso a su antojo, por el contrario, se fundamentó con razones suficientes, así:

Lo declarado por Jhon Jairo Carmona Martínez, no puede ser desechado simplemente porque en posterior oportunidad cambiara su inicial versión y la acomodara a circunstancias que en su contenido riñen ostensiblemente con lo primigeniamente informado, sustentando para hacer su modificación el hecho que fue sobornado con la suma de dos millones de pesos por parte de los agentes captores para que declarara en contra de Jimmy Balanta Gómez y Andrés Fernando García, evento que obviamente es negado por los policiales Manuel Geovany Pérez, Franklin Auseche Narváez, amen, de no encontrarse una armonía en la razón de éste ofrecimiento, adversamente lo que se evidencia claro en su justificación es la amenaza de la que fue víctima el propio Jhon Jairo Carmona Martínez, la que en su momento se efectivizó pero que afortunadamente salió bien librado de ella, tanto física como jurídicamente al ser absuelto por haber obrado en legítima defensa (...)

De esta manera, encuentra la Sala explicación a la razón por la que Jhon Jairo Carmona Martínez decidió retractarse del contenido de las dos versiones iniciales, denuncia y ampliación del mismo, donde señalaba a Jimmy Balanta Gómez y otro compinche como los autores del homicidio, que no es otra que el miedo a la amenazas provenientes de éste sujeto, las cuales ya se habían concretado cuando fue atacado por un individuo a quien se vio precisado darle muerte y por el que se adelantó el proceso referido en acápite anterior.

Para la Colegiatura como se dijera en acápites anteriores, no hay duda alguna sobre la base de un trabajo analítico y objetivo que el declarante Jhon Jairo Carmona Martínez

dijo la verdad en su primera versión, la cual obra en congruencia con otras pruebas que unidas son demostrativas con fuerza de rigor en cuanto a la responsabilidad penal de los comprometidos, pues si no fuese así, por qué razón en el instante que se cometió el atentado, Jhon Jairo Carmona Martínez, al verse herido le dice a su compañero de infortunio Norberto Ayala según las propias palabras de éste y específicamente interrogado con respecto a la identificación de sus atacantes afirma: “no las vi., solo que Jhon Jairo Carmona Martínez cuando estábamos heridos desde el carro me dijo Gary, en caso de que yo me muera fueron ese h.p. de Balanta y Precoz, esas fueron las palabras que me dijo Jhon Jairo Carmona Martínez, yo cogí la niña y me la llevé para el hospital.

De lo así transcrito se advierte sin dificultad que ningún error de hecho por falso raciocinio emerge de la valoración que se le dio al testimonio en cita, y que por el contrario la fuerza probatoria del mismo tenía entidad suficiente para soportar la decisión de condena objeto de impugnación.

3.3.- En igual sentido, se observa que la casacionista al desarrollar la censura en comento, planteó que el Tribunal otorgó la calidad de grave a un indicio que no tiene esa condición, en especial, cuando puso de presente que el móvil del homicidio de Toro Quintero fue una divergencia entre éste y Balanta Gómez por temas amorosos.

Al respecto, sin esfuerzos, se advierte que los argumentos los presentó de manera por demás escasa en libre discurso, al estilo de memorial de instancia y sin ninguna trascendencia mutante en lo decidido por el ad quem.

En efecto, cuando se trata de la impugnación de indicios en casación penal como lo ha planteado la recurrente, la Corte, entre otros pronunciamientos, ha dicho:

El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de

cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica.

Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta, y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir, su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

De hecho, porque la prueba de la circunstancia conocida pudo haberse supuesto, o porque pudo haberse dejado de apreciar otro medio demostrativo que la neutralizaba o disolvía, o porque se tergiversó su contenido material haciéndola decir algo que no decía, o porque el proceso de valoración condujo a la afirmación de la premisa a partir de la cual se hará luego la inferencia, se apartó de los principios de la sana crítica.

De derecho, porque el juzgador pudo haber admitido y valorado como prueba fundante del hecho indicador alguna irregularmente aportada al proceso y por lo tanto inválida. Como en ningún caso la prueba indiciaria está dentro del proceso sometida a tarifa legal, es obvio que frente a ella la modalidad del error de derecho conocida como falso juicio de convicción no es susceptible de ser propuesta a través del recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, ello supone -como condición lógica del cargo- aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si ésta es

discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque. Existe la posibilidad, no obstante, de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, sólo que en cargos distintos y de manera subsidiaria.

La inferencia lógica, entonces, es atacable en casación. Pero en atención a que la misma es el resultado de un proceso intelectual valorativo, la única vía posible para hacerlo es el error de hecho por trasgresión ostensible de los principios de la sana crítica. La hipótesis supone, por lo tanto, la aceptación del hecho indicador y la demostración de que el juzgador realizó un juicio de valor en contravía de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o de las reglas de la experiencia.

Así las cosas, para que el cargo quede correctamente demostrado es imprescindible concretar el error y demostrar cómo ha sido transgredida o desconocida una ley científica, un principio de la lógica (que no niegue ni desconozca la unidad del ser) o una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios especializados en una determinada materia. Se precisa además y ello es obvio, la fundamentación correspondiente a la trascendencia del error.

La Sala ha sido reiterativa en lo precedente y también ha señalado que cuando de atacar dicho medio probatorio en casación se trata, no puede desconocerse que por su naturaleza misma su valoración es de conjunto, siendo el vínculo que surge entre los diferentes indicios (su concordancia y convergencia) el que hace que la conclusión crezca desde la probabilidad hasta constituir certeza. En consecuencia, aunque el ataque a los hechos indicadores debe ser independiente, ello no significa en manera alguna que el conjunto indiciario cuya fuerza de convicción depende de que se le estime globalmente, pueda dejar de ser enfrentado por el demandante³.

En este punto la demandante olvidó la metodología que gobierna el ataque en casación a

la prueba indiciaria, la cual es dable afrontar de la siguiente manera:

(i).- Cuando se ataca la prueba del hecho indicador cabe la posibilidad de formular errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia cuando el juzgador hubiese supuesto la prueba que lo soporta.

Por esta modalidad también es dable plantear cuestionamientos cuando los jueces hubiesen omitido o ignorado considerar los medios de prueba en los que tuviesen asiento hechos indicadores de circunstancias excluyentes de la forma de participación atribuida o indicadores de una conducta ausente o incluyente de responsabilidad penal.

Además, puede ser objeto de censura por el sendero del error de hecho derivado de falsos juicios de identidad, cuando el fallador hubiese efectuado tergiversaciones o distorsiones fácticas a los elementos materiales probatorios o a las evidencias físicas, al hacerle decir a éstos lo que no dicen o por impedirles expresar lo que aquellos muestran, resultado que se produce por agregados o cercenamientos.

En esa medida, el juzgador da por existentes hechos indicadores que no tienen soporte y como tales no podían ser utilizados para efectuar inferencias lógicas, o por la vía de aquellas supresiones o aumentos desecha hechos indicadores que habrían sido de utilidad para la construcción de procesos deductivo-inductivos.

A su vez, la prueba de aquel es susceptible de ser impugnada por la modalidad del error de derecho por falso juicio de legalidad, en el evento en que los medios de convicción autónomos -personales o reales- de los que se deriva o soporta el hecho indicador se hubiesen incorporado en forma ilícita o ilegal o por irregularidades cometidas en la cadena de custodia.

En esa proyección, demostrada la inexistencia jurídica de los medios de prueba,

elementos materiales probatorios y evidencia física conforme a los dictados del artículo 29 de la Carta Política en donde se ordena tener por nulos de pleno derecho, es decir, inexistentes, los que se hubiesen aducido, producido o incorporado con violación del debido proceso, por efectos de correspondencia se comprenderá que también lo serán los hechos indicadores que de aquellos se deriven.

(ii).- Los indicios también pueden ser objeto de impugnación en lo que dice relación con el proceso de inferencia lógica en cuyo caso, partiendo de la aceptación de la existencia material y jurídica del medio de convicción, corresponde demostrar que de aquel o aquellos hechos indicadores no se podía deducir o derivar el hecho indicado o lo concluido, sino a través del menoscabo o atropello de las máximas de experiencia, las leyes de la lógica o de la ciencia.

En el anterior evento se debe utilizar la metodología sustancial cuando de la censura de errores derivados de falso raciocinio se trata, desde luego teniendo como referente inicial el fenómeno o fenómenos indicantes con los que se ha construido la singular inferencia que se acusa de ilógica y se pretende derruir.

(iii).- Y, desde luego que otro de los extremos objeto de acusación en tratándose de indicios es el relativo a la articulación individual o plural de los mismos entre sí o de aquellos con los otros medios de prueba autónomos en lo relativo a la fuerza demostrativa o poder de persuasión.

En este evento corresponde demostrar que la convergencia efectuada en la sentencia por los juzgadores a los diferentes indicios o de estos con los restantes medios de convicción, se realizó con trasgresión de los postulados de la sana crítica pues no se puede elaborar una censura de manera libre como alegato de instancia, y que en esa medida no tenían la fuerza ni la capacidad de construir entre ellos el grado de verificación de la certeza.

Esta modalidad de impugnación respecto del poder de persuasión, puede formularse, objetivarse y demostrarse de manera independiente, pero desde luego, también puede ser complementaria de las otras maneras de impugnar el indicio vistas.

Además, debe precisarse que en los casos en que se elaboran censuras por las modalidades antes vistas, corresponde al censor detenerse en la trascendencia de los errores cometidos y ocuparse de demostrar por vía de la posibilidad argumentativa que de no haberse incurrido en esas falencias, los sentidos sustanciales de lo fallado habrían podido ser otros⁴.

De los anteriores aspectos para nada se ocupó la casacionista quien apenas mencionó el referido indicio de móvil para delinquir surgido de supuestas discusiones por “divergencias amorosas” entre aquellos, pero además, olvidó que en el fallo de segundo grado se tuvo en cuenta como soporte las evidencias materiales encontradas en la residencia de Jimmy Balanta Gómez, así:

En el operativo que inmediatamente después de los hechos adelantó la policía para dar con la captura de los autores del crimen, hicieron presencia en la residencia de Jimmy Balanta Gómez, ubicada en la calle 7ª No 9-31 del Barrio Uribe, donde previo consentimiento de la propietaria, realizaron un registro al inmueble donde encontraron en sitios ocultos, cinco armas de fuego (...)

En la misma habitación se encontró dentro de un baúl cubierto con prendas de vestir, una pistola 9mm marca CZ75BD, pavonada con cachas ortopédicas y un proveedor con cuatro cartuchos, en el aludido baúl se halló una pistola calibre 9mm marca Pietro Beretta acondicionada para adaptar silenciador (...)

El dictamen que se practicó por orden oficiosa del juez y que fue realizado por el Instituto de Medicina Legal el 16-03-06, concluye entre otros aspectos que:

Así mismo, de las ocho vainillas incriminadas, igualmente allegadas por el despacho Fiscal, mediante oficio 100749370-11. Tres de las cuales acotadas con cita de enmascarar con los dígitos 9/5, 4/5 y 3/5, presentan identidad de uniprocedencia con referencia a las muestras tomadas del arma tipo pistola Pietro Beretta modelo 92 FS calibre 9mm (...)

En efecto, la pistola referida precedentemente, se ubicó en la habitación de Jimmy Balanta Gómez, una de las personas señaladas como el autor de los atentados contra la vida e integridad personal. Ahora no es factible restar fuerza probatoria a este hecho indicador, como lo deduce el funcionario a quo, por la conclusión que en el último experticio, saca el perito en el sentido de descartar que los proyectiles acriminados hubieran sido disparados, por no tener identidad de uniprocedencia, por cualquiera de las cinco armas tipo pistola, halladas en la casa de Jimmy Balanta Gómez.

Así las cosas, de éste dictamen se extraen dos conclusiones que difieren, en atención al estudio realizado, una con relación a las vainillas halladas en la camioneta donde se movilizaban los agresores donde se encontró identidad de uniprocedencia con respecto a la pistola Pietro Beretta y otra respecto a los proyectiles, con respecto a las cuales no se halló esta identidad.

3.4.- Al interior del cargo la demandante de manera por demás abreviada adujo que existía una disparidad entre lo que las pruebas acreditaban y lo que el Tribunal dijo que las mismas expresaban, defecto mediante el cual se desconocieron principios de sentido común y máximas de experiencia que de haberse tenido en cuenta habrían conducido a aplicar a favor de Andrés Fernando García el in dubio pro reo, pero hasta allí llegó su predicado pues en los desarrollos siguientes no hizo ningún esfuerzo encaminado a demostrar la existencia de la duda probatoria.

Debe recordarse que esta categoría sustancial, es un estadio cognoscitivo en el que

en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate, que para el caso del debido proceso penal no puede ser otro que el delito entendido en su dimensión integral.

En esa medida, en los supuestos de divergencias, se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas categorías jurídicas en discusión dentro del singular proceso penal objeto de examen.

En igual sentido, se integran aspectos objetivos y subjetivos, desde los cuales se puede inferir que el in dubio pro reo no se materializa por los simples efectos unilaterales de los dilemas relacionados con lo subjetivo o con lo objetivo dados en los fenómenos en contradicción, ni por la simple mención de su existencia como aquí se ha hecho en la demanda.

Con lo anterior se significa que en orden a la consolidación de este instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental de quien reclama su aplicabilidad en esta sede de control constitucional y legal de las sentencias, no está dada ni puede quedarse simplemente en enunciar la existencia del mismo, ni en identificar las circunstancias de perplejidad o en la denotación de las contradicciones secundarias mas no principales que se presenten al interior o exterior de unos medios de prueba en especial, sino que por el contrario se debe proceder a efectuar una construcción discursiva, esto es, a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los contenidos probatorios de descargo excluyentes de responsabilidad penal tienen la capacidad de eliminar de manera total o parcial a los de cargo o a la inversa, bajo el entendido que el in dubio pro reo se consolida cuando las dudas surgidas de los elementos fácticos divergentes no se pueden disolver, en cuyo evento por principio universal corresponde

por imperativo legal y constitucional resolverlas en todo evento a favor rei en salvaguarda de la presunción de inocencia, aspectos de los cuales no se ocupó la impugnante, en orden a demostrar vacíos, ausencias de certeza, respecto de la materialidad de las conductas derivadas al aquí procesado.

Por lo anterior, el cargo se inadmite

4.- Casación oficiosa.-

De la actuación procesal a que se hizo alusión al comienzo, advierte la Sala la configuración de una irregularidad que por ser violatoria de las garantías fundamentales debidas al acusado Andrés Fernando García, incentivan la facultad oficiosa de la Corte para controlar la legalidad y constitucionalidad de la sentencia en lo que corresponde a los principios de legalidad de la pena accesoria, sin que para dicha finalidad sea necesario correr traslado al Ministerio Público⁵.

En efecto, se observa que al procesado se le impuso pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la de prisión, cuatrocientos cincuenta y seis (456) meses, esto es, treinta y ocho (38) años, valga decir, un tiempo que excede al máximo imponible de veinte (20) años de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 de la ley 599 de 2006.

Por tanto, se corrige en el sentido de imponer a Andrés Fernando García esa pena accesoria por el tope máximo fijado en la norma que viene de citarse.

.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República:

RESUELVE:

1.- Inadmitir la demanda presentada por la defensora de Andrés Fernando García.

2.- Casar de manera oficiosa y parcial la sentencia en sentido de condenar a Andrés Fernando García a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años. En lo demás rigen el fallo de segunda instancia.

Advertir que contra esta providencia no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J.

IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ

BASTIDAS

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 También se advirtió en esta última decisión: “Cuando un testigo modifica su versión bien puede el juzgador, dentro de la amplia discrecionalidad que le otorga la ley en la apreciación de las pruebas, sólo limitada por el respeto de los principios de la sana crítica, determinar cuál de las versiones del declarante es la que dice la verdad”.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de diciembre de 2009, Radicado 31.296.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de abril de 2000. Rad. 12.218

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 22 de julio de 2009, Radicado 31.338.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de septiembre 12 de 2007, Radicado 26.967.

6 Ley 599 de 2000.- Artículo 51.- Duración de las penas privativas de otros derechos.- La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) años a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3º del artículo 52.