

Proceso n.º 33804

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 248.

Bogotá D.C., agosto cuatro (4) de dos mil diez (2010).

VISTOS

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda presentada por el defensor del procesado YEFFERSON TAMAYO RESTREPO con el objeto de sustentar el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, de fecha noviembre 26 de 2009, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad el 22 de septiembre anterior que condenó al mencionado por los delitos de homicidio agravado en concurso con homicidio agravado en grado de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros fueron declarados por el ad quem en los siguientes términos:

“El 26 de agosto de 2007, cuando los señores Óscar Armando Rodríguez

Mosquera, Hamer Arley Castro Yela y Anderson Orozco Ruiz, se desplazaban hacia la avenida 27 con el propósito de proveerse de alimentos, a la altura de la cra. 26 p con calle 108 del barrio Manuela Beltrán de esta ciudad, fueron atacados con armas de fuego por varias personas entre los que se encontraban Tamayo, Alita Aver y el Zarco. Como consecuencia de los disparos se le ocasionaron heridas al señor Óscar Armando Rodríguez Mosquera, mismas que le ocasionaron la muerte en el mismo sitio donde recibió los impactos.

Respecto del señor Hamer Arley Castro Yela, también recibió lesiones con arma de fuego, pero sin que las mismas le provocaran la muerte, lo que sí se reconoce es que se le ocasionaron lesiones con la intención de quitarle la vida.

Labores de inteligencia permitieron revelar que uno de los autores del hecho es la persona conocida con el nombre de YEFFERSON TAMAYO RESTREPO”.

Con fundamento en tales pesquisas, se llevó a cabo audiencia preliminar reservada en la cual se ordenó la captura de YEFFERSON TAMAYO RESTREPO. Obtenida la aprehensión, se legalizó durante audiencia celebrada el 30 de octubre de 2007 ante el Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, en cuyo desarrollo, a la par, el ente acusador le formuló imputación por los delitos de homicidio consumado en concurso con homicidio en grado de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, modalidades delictivas por las cuales se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario y cuya responsabilidad el implicado no aceptó.

El 29 de noviembre ulterior, el Fiscal 21 Seccional de la Unidad de Vida de la misma sede presentó escrito de acusación en contra de TAMAYO RESTREPO por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Durante la audiencia de formulación de acusación, realizada el 29 de febrero de 2008 ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de igual ciudad, el ente fiscal concretó los cargos en contra de TAMAYO RESTREPO por las conductas de homicidio agravado por la circunstancia prevista en el artículo 104, numeral 7, del Código Penal en la persona de Óscar Armando Rodríguez Mosquera, tentativa de homicidio agravado por la misma circunstancia en Hamer Arley Castro Yela y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Ante el mismo despacho judicial se surtieron las audiencias preparatoria y de juicio oral, a cuyo término se anunció el sentido condenatorio del fallo. Señalada fecha para audiencia de lectura de sentencia, el 22 de septiembre de 2009 se condenó al acusado a la pena principal de cuatrocientos ochenta (480) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, al encontrarlo coautor penalmente responsable de las conductas delictivas por las cuales se lo acusó.

En la misma determinación, se abstuvo de condenarlo en perjuicios “porque no se tramitó incidente de reparación integral, así lo desearon quienes se perjudicaron con el hecho”, a la vez que le negó la suspensión de la ejecución de la pena y el sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Impugnada la sentencia por el defensor y el procesado, el Tribunal Superior de Cali la confirmó, mediante sentencia de 26 de noviembre de 2009. Contra esta última determinación, la defensa interpuso recurso extraordinario de casación, sustentado mediante libelo, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LA DEMANDA

Previo a exponer los fundamentos del único cargo que plantea contra el fallo, el censor señala que le asiste interés para impugnar en cuanto pretende que se garantice la efectividad del derecho material, “para que la ley sea aplicada de forma correcta, garantizando los principios de igualdad frente a la ley y la seguridad jurídica”.

Lo anterior, agrega, “por haberse tramitado un proceso que concluye agravando la pena sin cumplir con esta garantía constitucional, lo cual sólo es posible mediante el fallo que se produzca dentro de este recurso extraordinario, ya que se encuentran agotadas las posibilidades de instancia y nada se podría hacer después de la ejecutoria de la sentencia”.

Acto seguido, invoca un único cargo sustentado en la causal prevista en el numeral primero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación directa de la ley sustancial derivada de la aplicación indebida del artículo 104, numeral 7, del Código Penal.

Para demostrar el aserto, sostiene que en la audiencia de formulación de acusación la fiscalía optó por desmejorar la situación jurídica del implicado “empleando argumentos que no contienen hechos nuevos o diferentes a los presentados en la formulación de la imputación”.

En esta última audiencia, recaba, a su defendido no se le dedujo la referida agravante “porque no existieron los aspectos fácticos-jurídicos del estado de indefensión”, lo cual se corrobora por el hecho de que tampoco se logró demostrar durante la audiencia del juicio oral, según se infiere de lo atestado por Hamer Arley Castro Yela, cuyo dicho transcribe en lo que estima pertinente.

No obstante, los juzgadores “al realizar la operación mental de raciocinio, apreciando y estimando las pruebas” no tuvieron en cuenta que para aplicar la agravante era indispensable que estuviera demostrada, bastándoles simplemente con señalar que el occiso se encontraba indefenso al momento de recibir los impactos

mortales.

Para finalizar, aduce que el yerro denunciado es trascendente. De un lado, porque la aplicación de la circunstancia agravante representó un aumento considerable de la pena tanto para la conducta más grave como para la tentativa de homicidio concurrente y, de otro, porque se tradujo en la falta de interés del procesado en preacordar, con lo cual se hubiera evitado un mayor desgaste del aparato judicial.

Con base en lo expuesto, deprecia “hacer un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias recurridas, casándolas y emitiendo el nuevo fallo de reemplazo”

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Desde ya advierte la Sala que la demanda objeto de estudio debe ser inadmitida, dado que el casacionista carece de interés para impugnar la sentencia en relación con el aspecto postulado, presupuesto exigido en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, al señalar que:

“..no será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en alguno de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación, o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso” (subraya fuera de texto).

Se extrae de lo establecido en esta disposición que sólo se admitirán las demandas presentadas por quien tiene interés y, además de ello, exhiban una adecuada estructura lógica y una argumentación mínima tendiente a ofrecer las razones de disenso frente al

fallo impugnado, a más de persuadir que se precisa de la decisión de la Corte para realizar alguno de los fines del recurso, taxativamente contemplados en el artículo 180 ibídem.

Al respecto, sabido es que constituye presupuesto del derecho a impugnar el interés jurídico del sujeto procesal, en tanto persiga, a través del ejercicio de los recursos, la reparación de un desmedro causado con una decisión judicial a fin de que se remueva, mejore o atempere la situación en ella declarada por cuanto le resulta gravosa.

En esa dirección, la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en precisar que la no interposición o sustentación adecuada del recurso de apelación respecto de la sentencia de primer grado evidencia conformidad con tal providencia, razón por la cual carecerá de interés jurídico para impugnar la de segunda instancia quien haya omitido este paso para reclamar a última hora un agravio y así pretender legitimarse en sede de de casación.

En otras palabras: si cualquiera de las partes se abstiene de interponer o sustentar en tiempo o adecuadamente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, se ha de entender que se muestra conforme con la decisión proferida y el ad quem no puede, por su iniciativa, entrar a examinar su situación.

La anterior regla general, como también lo ha reiterado la Sala, se excepciona cuando (i) aparece demostrado que arbitrariamente se impidió el ejercicio del recurso de instancia, (ii) el fallo de segundo grado modifica la situación jurídica, de manera negativa, desventajosa o más gravosa (iii) se trata de fallos consultables que causan perjuicio al impugnante, para los eventos en que aún resulta procedente y (iv) el sujeto procesal propone nulidad por la vía extraordinaria.

A partir del anterior marco conceptual, precisa la Sala que en este caso, la defensa no cumplió con la carga de interponer recurso de apelación contra el fallo de primera instancia en relación con el tema específico que ahora cuestiona a través del único cargo formulado en el libelo casacional.

Ciertamente, en dicho reparo invoca la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, circunscribiendo la argumentación a esbozar que se aplicó indebidamente el artículo 104, numeral 7, de la Ley 599 de 2000, referido a la circunstancia de agravación del delito de homicidio deducida en contra de su defendido por razón del aprovechamiento, de parte de los coautores, del estado de indefensión en que se encontraban las víctimas Óscar Armando Rodríguez Mosquera y Hamer Arley Castro Yela.

Pues bien, tras revisar los argumentos expuestos por el defensor del procesado en procura de sustentar el recurso de apelación que interpuso contra el fallo de primer grado¹, se encuentra que no existe la necesaria identidad temática para tener por satisfecho el presupuesto del interés que franquee el acceso al medio extraordinario de impugnación.

Así es, en aquella oportunidad, la defensa centró su argumentación en dos aspectos, a saber:

Por un lado, a señalar que su prohijado no es responsable penalmente toda vez que la decisión se basó exclusivamente en prueba de referencia, como lo fueron los testimonios de Rodrigo Alberto Vallejo Sepúlveda y Jorge Aluma Moreno, contrariando lo dispuesto en el artículo 381 que prohíbe sustentar una condena sólo con este tipo de prueba.

Y, de otro lado, en que para llegar a la misma conclusión sobre la responsabilidad penal de TAMAYO RESTREPO se apreciaron de manera errada los medios probatorios allegados a la actuación, fundamentalmente la credibilidad que ofrece el testimonio vertido por la víctima de los hechos Hamer Arley Castro Yela, así como el reconocimiento fotográfico que éste hiciera del procesado, el cual tildó de ilegal.

Es decir que sobre el tema específico ahora planteado en sede extraordinaria, el defensor, en esa oportunidad, no se ocupó y, por lo mismo, el Tribunal tampoco pudo pronunciarse en virtud de la competencia restringida que le asiste, como así lo precisó esa corporación al inicio del acápite considerativo del fallo impugnado:

“La competencia de la Sala está limitada al estudio de la inconformidad del recurrente, sin otra limitante que la no reforma en peor cuando se tiene la calidad de único apelante, de acuerdo con lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 20 del estatuto procesal, como en este caso en donde la inconformidad fue señalada por el defensor público del procesado”.

Si ello es así, evidente resulta que no se agotó la instancia en relación con el argumento ahora propuesto, pues, se reitera, la inconformidad del impugnante en casación gira en torno de un aspecto no comprendido en el recurso de apelación instaurado por el mismo sujeto procesal contra la sentencia de primer grado.

Y aun cuando no existe norma específica que refiera a la competencia del superior para resolver el recurso de apelación en la Ley 906 de 2004, como sí ocurría con la Ley 600 de 2000, según lo tiene precisado la Sala, se entiende que la ostenta exclusivamente para pronunciarse sobre los aspectos impugnados por el apelante².

Esta conclusión encuentra mayor soporte si en cuenta se tiene que en este caso no concurre ninguna de las cuatro hipótesis referidas en precedencia como excepción a la carga de impugnar la sentencia de primer grado sobre el mismo tópico que sustenta el

recurso extraordinario de casación, amén de que la de segundo grado confirmó, en lo que fue objeto de impugnación, el fallo recurrido.

A lo expuesto debe agregarse que no habilita al demandante el hecho de haber señalado, en acápite previo al planteamiento del cargo, que ostenta interés para acudir a esta sede en atención a los fines del recurso concernientes a la efectividad del derecho material y reparación del agravio, por eventual quebranto de los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad por aplicación de la circunstancia de agravación discutida, sin estar, según dice, debidamente demostrada.

Ello, porque con una tal propuesta otorga de forma conveniente al concepto de debido proceso, y de garantías fundamentales en general, una excesiva amplitud con el exclusivo objeto de evadir el presupuesto de agotar la instancia previa, desnaturalizando al recurso extraordinario de casación tal como es concebido en nuestro modelo procesal.

Pero en extrema laxitud, esto es, aún si se aceptara que sólo por la mención de los fines del recurso el censor se habilita para presentar el tema específico no planteado al sustentar el recurso de apelación, el reparo exhibe otros defectos de argumentación que dan al traste con su pretensión y corroboran la determinación de inadmitirlo.

Tal situación surge por razón de que la prédica no es consecuente con la causal de casación invocada, lo cual vulnera postulados que regulan la materia casacional, como los de autonomía, prioridad y no contradicción, cuyo objetivo no es otro que exigir la presentación de una demanda enmarcada dentro de unos mínimos presupuestos de fundamentación.

En efecto, no obstante que el demandante, en procura del resquebrajamiento del fallo de

segunda instancia, acude a la causal primera de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por la senda de la violación directa de la ley sustancial, a la par emprende contra la apreciación probatoria.

Con esa propuesta desconoce, a pesar de haberlo señalado inicialmente citando jurisprudencia de la Sala, que cuando se invoca esta causal debe aceptar la valoración de los hechos y de las pruebas en la forma como obra en el fallo, por cuanto el debate debe girar en derredor del yerro que sin mediación alguna recae frente a una normativa de derecho sustancial por su falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

Ahora que si el desacuerdo se predica de la actividad probatoria y su ulterior ponderación por parte de los funcionarios judiciales, la vía de ataque legalmente adecuada no es la violación directa sino la indirecta, donde la infracción a la ley sustancial se lleva a cabo de manera mediata, de conformidad con los denominados errores de hecho, por falsos juicios de existencia, identidad o raciocinio, o de derecho, por falsos juicios de legalidad o de convicción.

Pero el yerro del censor no sólo es nominal, pues tomando distancia de la amplia y pacífica jurisprudencia de esta Sala sobre la esencia y lo que se debe controvertir cuando se ataca el fallo por razón de estas correcciones probatorias, en el fondo se circunscribe a anteponer su criterio personal valorativo de las probanzas sobre el plasmado en la providencia impugnada, discusión inviable en esta sede, atendida su naturaleza extraordinaria, totalmente incompatible con la discusión libre de instancias y porque con esa actitud tampoco logra derruir las presunciones de acierto y legalidad que gobiernan al fallo.

En virtud de lo expuesto, se concluye que no se cumplen los presupuestos legales exigidos para la admisión del libelo, sin que tampoco se observe la necesidad de superar los

defectos reseñados o que se haga necesario casar oficiosamente el fallo como consecuencia de advertir la vulneración de garantías fundamentales.

Cuestión final.

Habida cuenta que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación presentada por la defensa procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, impera precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación³, como sigue:

i) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio la Sala decida inadmitir la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso de casación no hubiera sido interpuesto por un Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la providencia inadmisoria.

ii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que haya salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

iii) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

iv) El auto a través del cual se inadmite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda presentada por el defensor del procesado YEFFERSON TAMAYO RESTREPO, de conformidad con las razones consignadas en la anterior motivación.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, en los términos señalados.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA 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

JULIO E. SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 A partir del registro 2'50'' del c.d. contentivo de la audiencia de argumentación oral.

2 Cfr. sentencia del 11 de abril de 2007, rad. 26128.

3 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.