

Proceso nº 35712

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta N°260

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011).

VISTOS:

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados Javier y Jairo Macualo Fernández, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Yopal por medio de la cual confirmó, con algunas modificaciones, la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa misma ciudad que los condenó en forma anticipada como coautores responsables de las conducta punible de homicidio agravado, homicidio tentado, hurto calificado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

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

El 28 de agosto de 2010, hacia media noche, dos sujetos en compañía de un menor llegaron a pedir posada en la casa de habitación del señor Ezequiel Díaz Alfonso, situada en la vereda Las Cañas, finca “Casa de Piedra” del Municipio de Nunchía,

aduciendo que venían de Trinidad y no tenían donde alojarse.

Inicialmente, don Ezequiel se negó porque no tenía ni camas ni chinchorros disponibles, sin embargo, ante la insistencia de los visitantes les permitió quedarse y éstos se acostaron en el piso, desde el momento en que abrió la puerta se dio cuenta de que, cada uno de estos hombres, portaba, un cuchillo y una escopeta con cartuchos, lo cual le preocupó, por tanto esperó a que los huéspedes se durmieran para salir a encontrarse con miembros del Ejército que hacían presencia en la vereda y, con el permiso de don Ezequiel, ingresaron a su residencia, en una de cuyas habitaciones se encontraban los hermanos Macualo Fernández armados como antes se indicó, al preguntarles sobre los salvoconductos que amparaban la tenencia de las armas de fuego, no los poseían, por consiguiente, se procedió a su captura.

Por tratarse de hechos relacionados por las circunstancias de tiempo y lugar y de delitos conexos, así como por la identidad de las personas involucradas a la investigación iniciada por los anteriores hechos, se acumuló la abierta en contra de los señores Macualo Fernández por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo en concurso homogéneo con el delito de homicidio en grado de tentativa en concurso heterogéneo con el delito de hurto agravado, en virtud de los siguientes hechos:

Los hermanos Macualo Fernández venían laborando en varias fincas de la vereda San Antonio jurisdicción de Nunchía y, últimamente, lo hacían en la finca denominada Casa de Piedra vereda Las Cañas del mismo municipio. El 27 de agosto de 2010, a eso de las 7 de la noche, los hermanos Macualo Fernández, en estado de embriaguez, arribaron a la casa de la finca Casa de Piedra, en donde se encontraban el anciano de 84 años de edad Isidro Estepa Fuentes, persona discapacitada, enferma, y el adolescente Yeiser Silvestre Estepa, allí trataron de convencer al menor para que les prestase una escopeta para ir a matar chigüiros, como éste se negó, los procesados, contra su voluntad, tomaron la

escopeta y mandaron a correr al menor apuntándole con la misma que, previamente habían cargado con 5 cartuchos, el menor le dio un golpe a la escopeta, ésta cayó al piso, situación que aprovechó para huir y, gracias a que el muchacho se resbaló y cayó al piso, los tiros que le disparaban no hicieron blanco en su humanidad. Al anciano le asestaron 12 puñadas y un disparo en la pierna, luego emprendieron la huida llevándose las escopetas que éste tenía en la casa para su defensa, en este momento, ante las voces de auxilio que lanzaba el adolescente, acude el señor Pablo Enrique Pérez Achagua a quien los Macualo Fernández le asestaron un tiro que le cegó la vida. Los referidos Macualo Fernández llevaban a un menor sobrino suyo quien, al igual que el adolescente, relató a las autoridades la forma como sucedieron los hechos. Los infractores abandonaron la escena de los crímenes llevando consigo las armas que el señor Isidro mantenía para su defensa y se internaron en el monte, de donde salieron al día siguiente portándolas y llegaron a la casa de don Ezequiel Díaz Alfonso donde ocurrió lo primeramente relatado.

2. Por los anteriores episodios, el 29 de agosto de 2010 la Fiscalía 32 Seccional de Yopal ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Maní, Casanare, formuló imputación contra los indiciados por las conductas punibles inicialmente indicadas, cargos que los procesados aceptaron.

3. El 23 de septiembre siguiente el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Yopal aprobó el allanamiento a cargos y, por consiguiente, condenó a los hermanos Macualo Fernández como coautores responsables de los delitos aceptados a las penas de seiscientos cuarenta y dos punto trescientos setenta y cinco (642.375) meses de prisión -en cuya fijación les reconoció la rebaja en una tercera parte por la aceptación de cargos-, inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de veinte (20) años y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

4. Ese fallo fue impugnado por el defensor de los sindicados en relación con el equivalente del descuento de la pena establecido en el artículo 353 del cpp, y el 28 de octubre siguiente el Tribunal Superior de Yopal lo confirmó, pero otorgó una rebaja de la sanción en el treinta y cinco por ciento (35%) de la fijada por el a quo, de modo que redujo la pena privativa de la libertad a seiscientos treinta punto trescientos setenta y cinco (630.375) meses -(630 meses y 11 días)- de prisión, providencia contra la cual el mismo recurrente en primera instancia interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA:

Al amparo de la “CAUSAL TERCERA -NULIDAD- CARGO ÚNICO (Artículo 181-3)” de la ley 906 de 2004, el demandante formuló un reparo único contra la sentencia condenatoria la cual acusó de desconocer el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Los jueces de instancia -en opinión del censor- desconocieron el artículo 31 del cp que en materia de concurso de delitos establece que se aplicará la sanción prevista para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, sin que éste pueda ser superior a la suma aritmética de las conductas punibles que concurren.

Luego de mencionar el proceso en virtud del cual el juez de primer grado estableció las penas para cada una de las conductas punibles aceptadas por sus defendidos, dosificación punitiva que el Tribunal aceptó, puso de presente que esa tasación fue exagerada.

Por lo anterior, solicitó casar el fallo dictando uno de reemplazo que fije la pena privativa de la libertad dentro de los parámetros legales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El artículo 184 de la ley 906 de 2004 establece que no será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia, la demanda que se encuentre en cualquiera 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 no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.
2. La jurisprudencia de la Sala de tiempo atrás ha venido considerando que una de las manifestaciones del interés jurídico es haber recurrido el fallo de primera instancia porque la ilegalidad de esta decisión no puede alegarse con criterio supletorio, ni existe posibilidad alternativa entre la apelación y la casación. Esto es, que el cuestionamiento sobre la legalidad de la sentencia del a quo se debe efectuar en la oportunidad que el procedimiento otorga porque, de lo contrario, el silencio o la pasividad son actitudes que reflejan conformidad con las decisiones adoptadas por el juez.
3. Además de la exigencia de haber apelado el fallo de primera instancia, resulta indispensable ponderar la identidad temática entre los aspectos sobre los cuales versó el recurso de apelación y los motivos que posteriormente se invocan como causal de casación, puesto que no es viable atacar con el recurso extraordinario aspectos que no comprendieron el objeto de inconformidad en relación con la sentencia de primer grado porque, por exclusión de materia, mal puede alegarse un yerro sobre un tema respecto del que no hubo pronunciamiento en el fallo recurrido.
4. En el asunto examinado, la fijación de la pena en virtud del concurso de conductas punibles establecida por el a quo, aspecto que propuso el censor al sustentar la impugnación extraordinaria, no fue planteada por la defensa de los procesados Macualo Fernández al recurrir el fallo dictado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Yopal, lo cual le impidió al Tribunal Superior de ese distrito judicial pronunciarse sobre tal punto, de manera que no existe identidad temática entre los motivos de la casación y los de la apelación, esto es, que frente a tal tema el

demandante carece de interés jurídico.

5. A pesar de lo anterior, en la escogencia de la causal y en la fundamentación del cargo único el libelista faltó a los requisitos de precisión, claridad y motivación suficiente, esto por lo siguiente:

5.1. La causal tercera de casación del artículo 181 del cpp de 2004 hace relación al manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, esto es, allí el legislador estableció la violación indirecta de la ley sustancial a través de los errores de derecho -falso juicio de legalidad y convicción- y de hecho -falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio-, todos relacionados con el tema probatorio que se prosperar ameritan un fallo de reemplazo.

5.2. La causal segunda o de nulidad en la sistemática acusatoria de la ley 906 de 2004 ha sido prevista en el numeral 2° del artículo 181, así: “Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.” Esta censura, de salir adelante, por regla general amerita una sentencia de reenvío para que la actuación se restablezca a partir de la fase procesal en la cual se haya presentado la irregularidad.

5.3. La equivocación en la escogencia de la causal de casación, llevó al censor a postular un cargo de nulidad con base en la “causal tercera” del artículo “181-3” (sic) del cpp, sin embargo, pidió que se profiriera un fallo de sustitución que adecuara la pena a los parámetros de legalidad, en concreto, a la aplicación del artículo 31 del cp que regula el tema del concurso de conductas punibles, aspecto propio de la causal primera, esto es, por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de la norma sustancial llamada a regular el caso.

5.4. Al margen de estas deficiencias, el casacionista omitió demostrarle a la Corte el

error del intelecto en que ha podido incurrir el fallo impugnado en la fijación de la pena en virtud del concurso de conductas punibles, si como él mismo lo afirmó el a quo estableció la pena para cada uno de los delitos y luego de ello la determinó atendiendo la del ilícito más grave aumentada hasta en otro tanto, sin que lo así previsto excediera la suma aritmética de las que correspondían a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, tal como así lo establece el artículo 31 del cp.

6. En virtud de lo anterior la Sala se ve precisada a inadmitir la demanda, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 184, inciso 2°, de la ley 906 de 2004, y porque a primera vista no encuentra transgresión de derechos o garantías fundamentales que justifique salvar tal obstáculo, según autorización del inciso 3° de la misma preceptiva, en concordancia con el artículo 180 ibídem.

7. La declaratoria de inadmisibilidad anunciada tan sólo admite el “recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público”, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 ejusdem.

En el citado ordenamiento procesal no fue incluida la manera concreta de utilizar dicho instituto, razón por la cual la Sala, previa definición de su naturaleza, se vio precisada a establecer las reglas que habrán de seguirse, en los siguientes términos:

7.1. 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 medio de la cual la Corte decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que reconsidere lo decidido. También podrá ser propuesto oficiosamente por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso de casación no haya sido interpuesto por un Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia

inadmisoria.

7.2. La solicitud se puede presentar ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, o 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.

7.3. 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.

7.4. El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso 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 :

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados Javier y Jairo Macualo Fernández. Y,
2. ADVERTIR que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados atrás por la Sala.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
PÉREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE
LEMON

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
SALAMANCA

JULIO

ENRIQUE

SOCHA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria.