

Radicación No. 38174

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

EYDER PATIÑO CABRERA

Aprobado Acta No. 419-

Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala examina los presupuestos jurídicos, lógicos y argumentativos expuestos por el apoderado del señor César Augusto Duque Zuluaga, con el fin de resolver sobre la admisión de la demanda de casación propuesta contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 27 de julio de 2011, que confirmó la condenatoria proferida por el Juzgado 5 Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 16 de diciembre de 2010.

HECHOS

Fueron narrados por el Tribunal, así:

“...El contexto más amplio del concurso criminal que aquí se juzga tiene que ver con las secuelas de la desmovilización de diferentes bloques de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia “AUC” que operaban actividades ilícitas en la zona norte del territorio nacional, lo cual dio origen al surgimiento de bandas delincuenciales.

Fue así como durante los años 2006 y 2007 se constituyó un grupo criminal emergente denominado “La Empresa” o “Los 40” en los espacios dejados por las desmovilizadas autodefensas en la ciudad de Cartagena y otros municipios circunvecinos, dedicada a la comisión indiscriminada de delitos, con énfasis en homicidios selectivos o de mal llamada limpieza social, hurto de hidrocarburos y extorsión a comerciantes bajo la modalidad de intimidación y venta de protección. Aquella era dirigida por Javier Eduardo Coronado Sarmiento y como jefe de sicarios y finanzas se desempeñaba Domingo Eduardo Gándara Romero (a. Domingo o Iván); a su vez, Francisco Javier Ramos (a. Tolimita) cumplía funciones de ejecutor directo de los homicidios, bajo las órdenes de los anteriores, y escoltaba al segundo de los mencionados.

En el caso que ahora convoca la atención del Tribunal se acusó a los aquí procesados Ronie Hartman Garizabal (a. “El loco”) y César Augusto Duque Zuluaga (a. César) como miembros activos de dicha organización ilícita, quienes habrían realizado al menos cuatro homicidios en la ciudad de Cartagena.

A la empresa se le atribuyen 18 homicidios cometidos en la capital bolivarenses durante los meses de julio de 2006 a febrero de 2007, cuyas víctimas fueron: Roger Enrique Acosta García, Philippe Pierre Thiriez Varley, Lucas Gabriel Otero Espinel, Edwin Enrique Juco Pájaro, Javier Martínez Vargas, Dubissay Marrugo González, Delmiro González Ruiz, Gregorio Tuirán Correa, Richard José Cabarcas Monroy, Yonny Cabarcas Román, Luis Rey Polo Gutiérrez, Deyanira Jaramillo López, Andrés Rodríguez Otero, Juan Carlos Valverde Domínguez, Willinton Vidal Herrera, Mauricio Javier Carvajalino Mendoza, Wilson Manuel Cano y Wilfredo Zaín Guerra Cayón.

No obstante, según lo explicó la señora Jueza con base en la resolución acusatoria, y por lo tanto a tales injustos circunscribió su decisión, a los señores Hartman y Duque se les

llamó a juicio por los homicidios agravados de Roger Enrique Acosta García, ocurrido el 24 de agosto de 2006 en el barrio 13 de Junio (sic); de Lucas Gabriel Otero Espinel, acaecido el 26 de septiembre de 2006 en la Placita de Telecom; de Javier Martínez Vargas, acontecido el 1 de septiembre de 2006 y de Delmiro González Ruiz, ocasionado el 26 de septiembre de 2006 en el barrio Fredonia; se itera, de la ciudad de Cartagena”.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

1. A través de la resolución del 21 de febrero de 2007<sup>1</sup>, la Fiscalía 36 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena de la Unidad de Delitos contra la vida y otros, ordenó la vinculación mediante indagatoria de Cesar Augusto Duque Zuluaga y Ronie Thomas Hartan Garizabal.

2. El 18 de febrero de 2008, la Fiscalía 18 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario profirió resolución de acusación en contra de, entre otros<sup>2</sup>, y para los efectos que interesan a esta decisión, Ronie Thomas Hartman Garizabal y César Augusto Duque Zuluaga, como presuntos coautores de los delitos de homicidio múltiple agravado, en concurso homogéneo y, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir agravado (artículos 104, numerales 5, 7 y 8 del Código Penal y 340 inciso 2 ibídem)<sup>3</sup>.

Esta decisión fue objeto del recurso de apelación y recibió confirmación integral el 15 de julio de 2008 por parte de la Fiscalía 45 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá<sup>4</sup>.

4. Una vez evacuada la etapa del juicio, el 16 de diciembre de 2010, el Juzgado 5 Penal del Circuito Especializado de esta ciudad profirió sentencia condenatoria en contra de César Augusto Duque Zuluaga, como coautor de los delitos de homicidio agravado, en concurso, homogéneo y heterogéneo con concierto para delinquir agravado y de Ronie Thomas Hartman Garizabal, como coautor del delito de homicidio agravado,

en concurso heterogéneo con concierto para delinquir. Le impuso una pena principal a César Augusto Duque Zuluaga, de 32 años de prisión y multa de 1500 S.M.L.M.V.; a Ronie Thomas Hartman Garizabal, lo sancionó con 31 años de prisión y multa de 1.500 s.m.l.m.v.. A ambos los sentenció a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 20 años<sup>5</sup> y al pago solidario de perjuicios. Así mismo les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

5. La decisión fue recurrida por la defensa de los acusados y confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de la misma sede el 27 de julio de 2011<sup>6</sup>.

6. El defensor de Duque Zuluaga, interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación, que le fue concedido.

## LA DEMANDA

1. El demandante, tras exhibir in extenso su particular visión de la forma como sucedieron los hechos, afirma que “el señor CESAR AUGUSTO DUQUE ZULUAGA aseguro (sic) que el no ha llamado a nadie de los supuestos integrantes de la Banda los Cuarenta o la Empresa, el no conoce a la señora declarante LUZ MARBEL ARROYO, que conoció a RONIE THOMAS HARTMAN GARIZABAL el día que lo subió a su mototaxi”<sup>7</sup>, siendo esta la circunstancia por la que se encuentra preso, lo cual atenta contra sus derechos porque la Fiscalía no demostró que se hubiera concertado con los otros detenidos.

2. Considera que “se cometieron errores y hubo ligereza por parte de la Fiscalía en la parte investigativa<sup>8</sup>”; luego, con el propósito de desarrollar el planteamiento, aborda el tema relacionado con el peritazgo de absorción atómica, examen que “supuestamente llego (sic) extemporáneo<sup>9</sup>”; enseña, igualmente, que el arma utilizada en la muerte de Lucas Otero Espinel era distinta a la que Ronie Thomas

Hartman Garizabal portaba al momento de su captura.

3. Indica que no se explica cómo el órgano acusador sin tener certeza jurídica, con abierta vulneración de los artículos 232 y 238 del Código de Procedimiento Penal y sin las correspondientes investigaciones, realizó imputaciones sin fundamento.

4. En el mismo segmento, se opone a la acusación frente al delito de concierto para delinquir, pues sostiene que las supuestas llamadas que le sirvieron a la Fiscalía para acusar a su representado no le fueron puestas de presente a la defensa en las distintas audiencias.

A continuación, alude otro error que, en su criterio, vulnera el derecho a la defensa de su asistido y es que aquél indicó no haber llamado a ningún integrante de la Banda los Cuarenta o la Empresa, tampoco sabe quién es la señora Luz Marvel Arroyo y además justifica la forma en que conoció a Ronie Thomas Hastman Garizabal, esto es, el día que lo subió a su motocicleta para prestarle el servicio de mototaxismo, circunstancia última que a su juicio, constituye la razón por la que se encuentra detenido.

5. Bajo el título de consideraciones de la defensa técnica, señala que su asistido carece de antecedentes penales y de policía, y el día de la captura no portaba armas de ninguna clase, además no “se pudo probar por parte de la Fiscalía General de la Nación que alguno de ellos hubiera podido haber disparado el arma que último (sic) al señor LUCAS GABRIEL OTERO ESPINEL10”.

6. Solicita, por tanto, que la Sala valore las circunstancias en que sucedieron los hechos teniendo en cuenta la presunción de inocencia y los planteamientos realizados, para que se revoque la sentencia condenatoria y se exonere al señor Cesar Augusto Duque Zuluaga de cualquier responsabilidad penal.

## CONSIDERACIONES

### I. Inadmisión de la demanda.

1. Serios son los reparos que la Sala habrá de destacar en sus apartes más sobresalientes, los que impiden la prosperidad en la pretensión, pues dígase para empezar, que ni tan siquiera se detuvo el demandante en señalar cuál era la senda escogida para atacar la sentencia de segundo grado.

2. No basta afirmar que se ataca el fallo por considerarse injusto o ilegal, se impone seleccionar de manera específica la causal, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían de fundamento; es decir, confeccionar la demanda, en un todo.

Lo anterior, precisamente porque “la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el demandante” (artículo 216 Código de Procedimiento Penal), y además se ha de observar que uno de los requisitos formales del libelo consiste en “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” (artículo 212-3 ibídem); exigencias que en este caso no se cumplieron en lo más mínimo.

3. El escrito –en sus diversas acometidas– contrario a lo decantado por la jurisprudencia, se asoma más a un memorial de instancia, confeccionado de manera libre, genérica y vaga, en donde se ignoraron presupuestos mínimos de dialéctica casacional; desajustes que constituirían motivo suficiente para concluir la ineptitud del libelo.

4. La Corte insiste en que formulación y sustentación del recurso extraordinario de casación no es de libre postulación. Se trata de una impugnación sometida a exigencias formales y sustanciales de cuya observación pende la facultad de la Sala para

emitir un pronunciamiento de fondo, principalmente porque se trata de un recurso rogado.

Tales exigencias obedecen a lo especialísimo del mismo, como quiera que su finalidad es la de derruir los cimientos sobre los cuales está edificada la sentencia impugnada, protegida por la doble presunción de legalidad y acierto. De manera que es tarea del recurrente desvirtuar una de aquellas, o ambas, mediante la demostración lógico jurídica de la concurrencia de alguna de las causales de casación previstas por el legislador, cuya argumentación en ningún caso se puede limitar a la exposición de opiniones subjetivas, diversas a las asumidas por los falladores que es justamente a lo que se contrae el libelo.

En efecto, los argumentos expuestos a lo largo del escrito -resulta impropio catalogarlo de demanda- y, por ende, los errores en los que supuestamente incurrieron los jueces de fallo, revelan desconocimiento de la técnica casacional.

5. El censor tampoco se ocupó de precisar -lo que le resultaba forzoso- cuál de los fines consagrados en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000<sup>11</sup>, es el perseguido con el libelo, limitándose tan sólo a sostener -tímidamente- que se debe respetar el principio de presunción de inocencia.

6. El demandante limitó su disertación a exhibir su personal y parcializada valoración sobre algunos medios de prueba aportados al proceso, sin detenerse a precisar por cuál de las tres causales en sus distintas modalidades dirigía su ataque: causal primera (violación directa e indirecta, causal segunda (congruencia) y causal tercera (nulidad).

Recuérdese que, en la violación directa se han de respetar los fundamentos fácticos y probatorios de la decisión, debiéndose concentrar la atención exclusivamente en el error de juicio que recae sobre la norma sustancial y se presenta de tres maneras: i) falta de aplicación de la ley, ii) aplicación indebida, y, iii) interpretación errónea de la ley.

En tanto que en la violación indirecta de la ley, se parte de que el vicio derivó de la errada apreciación de las pruebas, es decir, que el error en la aplicación del derecho fue de manera mediata. Se manifiesta a través de: error de derecho por falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción; y, error de hecho, por falsos juicios de existencia, identidad o raciocinio. Cada uno de estos defectos difiere sustancialmente del otro.

Ahora, cuando para cuestionar una sentencia se escoge la vía de la causal tercera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal es imprescindible que el censor identifique de manera clara cuál es la clase de nulidad que invoca, exhiba los fundamentos en que se apoya, exprese cómo la irregularidad denunciada repercutió indefectiblemente en la afectación del trámite surtido, determine cuál es su trascendencia y señale desde qué momento procesal se debería declarar<sup>12</sup>.

El recurrente tiene la obligación de demostrar la existencia de una anomalía, de exponer de manera fundada cuál es el perjuicio que por ella sufrió el procesado y de explicar cómo se afectaron sus garantías o las bases fundamentales de la instrucción o del juzgamiento. En esos eventos, no se puede olvidar que para que opere la nulidad se requiere la producción de un daño y quien la alega tiene la carga de exhibir cuál sería la ventaja que obtendría el procesado con su declaratoria.

Si la nulidad se presenta por varias hipótesis, es ineludible que cada una se proponga en capítulos separados, atendiendo el principio de prioridad y sin entremezclar en forma indebida los elementos relativos a cada error sustancial que se plantea.

7. El censor no reparó en que para una adecuada formulación se requiere que los fundamentos sean claros y precisos y es justamente ello uno de sus mayores -que no los únicos- desaciertos. Sus planteamientos son confusos, repetitivos y desordenados, lo que imposibilita a la Corte abordar su estudio.

8. Ahora, si su pretensión estaba dirigida a reprobear la actividad probatoria, en tanto



afirma que “tampoco se presento (sic) por parte de la Fiscalía pruebas de ninguna índole, como era el experticio de absorción atómica u otro examen científico de balística en relación con los disparos, o sea que no se pudo probar por parte de la Fiscalía General de la Nación que alguno de ellos hubiera podido haber disparado el arma que último (sic) al señor LUCAS GABRIEL OTERO ESPINEL<sup>13</sup>”, es reproche que le resultaba forzoso plantear y desarrollar por vía de la causal tercera de nulidad por violación al debido proceso, en su componente del principio de investigación integral; si por otro lado, quería discutir que no se le permitió controvertir las llamadas, ha debido postular el yerro por esta misma senda de manera independiente pero por vicios de garantía, lo que tampoco desarrolló.

9. Ahora, si lo perseguido era atacar la sentencia por vía de un falso raciocinio, le resultaba proscrito cuestionar la credibilidad en del dicho de Marbel Luz Arroyo<sup>14</sup>, exigencia que igual desatendió al señalar que “la Fiscalía en su afán de presentar resultados de manera irresponsable y como un falso positivo hace unos señalamientos muy lejanos a la verdad<sup>15</sup>”.

10. Una censura adicional, limitada como las demás a su mera enunciación: el demandante tímidamente aludió al principio de presunción de inocencia. Al efecto y para una adecuada argumentación en sede de casación, basta reiterar que la Corte ha señalado que se deben distinguir dos aspectos diversos:

(i) Si afirma que el juez ha errado porque la sentencia reconoce la existencia de duda razonable originada en el haz probatorio, pero dejó de aplicar el precepto sustantivo que reconoce ese hecho, debe invocar violación directa; y

(ii) Si encuentra que el juez ignora la existencia razonable y manifiesta de la duda por errores en la valoración de las pruebas, debe acudir a la violación indirecta de la ley sustancial, especificando la naturaleza del yerro cometido, esto es, si de hecho o

derecho.

En el evento examinado, una declaración en uno u otro sentido brilla por su ausencia, luego surge incuestionable que la censura radica exclusivamente en que se considere que el análisis probatorio debió plantearse como lo hace el actor, lo que, ni de lejos, estructura el error que se reclama.

11. En este orden de ideas, los desaciertos advertidos no permiten dar curso al libelo, sin que, por otra parte la Corte evidencie del estudio de las diligencias la necesidad de superar los defectos del libelo con el fin de corregir de manera oficiosa alguna violación a las garantías fundamentales.

## II. Cuestión final.

La Sala observa que el juzgador de primer grado (situación no advertida por el Tribunal) al momento de proferir la sentencia de primera instancia, omitió en la parte resolutive absolver a César Augusto Duque Zuluaga y Ronie Thomas Hartan Garizabal por el delito de homicidio agravado siendo ofendidos Javier Martínez y Delmiro González Ruiz (respecto al primero), y Roger Enrique Acosta García, Javier Martínez y Delmiro González (respecto al segundo); aspecto que fue debatido en la parte motiva.

Por tal razón y con el propósito de corregir tal inadvertencia, para los efectos legales, entiéndase que César Augusto Duque Zuluaga y Ronie Thomas Hartan Garizabal, fueron absueltos por el delito de homicidio agravado en las personas acabadas de mencionar, sin perjuicio de la condena que les fue impuesta. Requiérase al fallador de instancia para que realice las comunicaciones de ley.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

**RESUELVE**

Primero.- INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de César Augusto Duque Zuluaga.

Segundo.-. Para los efectos legales entiéndase que César Augusto Duque Zuluaga y Ronie Thomas Hartan Garizabal fueron absueltos por el delito de homicidio agravado en perjuicio de Javier Martínez y Delmiro González Ruiz (respecto al primero), y Roger Enrique Acosta García, Javier Martínez y Delmiro González (frente al segundo); sin perjuicio de la condena que les fue impuesta. Requiérase al fallador de instancia para que realice las comunicaciones de ley.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

José Leonidas Bustos Martínez

José Luis Barceló Camacho

Fernando Alberto Castro Caballero

Eugenio Fernández Carlier

María del Rosario González Muñoz

Gustavo Enrique Malo Fernández

Eyder Patiño Cabrera

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Cfr. folio 157 cuaderno original 1.

2 El pliego calificador cobijó a Javier Eduardo Coronado Sarmiento, Domingo Eduardo Gandara Romero, Francisco Javier Ramos y Maira Alejandra García Escalante.

3 Cfr. folios 264-299 cuaderno original 6.

4 Cfr. folios 14-37 cuaderno de segunda instancia.

5 Cfr. folios 1-113 cuaderno original 11.

6 Cfr. folios 6-37 cuaderno del Tribunal.

7 Cfr. folio 73 íb.

8 Cfr. folio 70 íb.

9 Cfr. folio 71 íb.

10 Cfr. folio 74 íb.

11 “...La casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación

de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada...".

12 Sentencia del 29 de agosto de 2000 (radicado 15.338).

13 Cfr. folio 74 íb.

14 "En lo referente a lo expuesto por la señora MARBEL LUZ ARROYO, ella habla en general y no sobra decir ya que la experiencia lo enseña, que lo relatado por ella sea una declaración amañada, toda vez que esa señora no conoce a mi defendido y como lo dijo el mismo CESAR AUGUSTO DUQUE ZULUAGA "Yo no conozco a esa señora, ni ella me conoce a mí". Cfr. folio 70 íb.

15 Cfr. folio 69 íb.