

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

AP2783-2015

Radicación No. 44367

(Aprobado Acta No. 184)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015).

La Sala procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de José Fernando Ortiz Buitrón contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que lo condenó como autor de la conducta punible de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTES:

Los primeros fueron reseñados por el a quo en los siguientes términos:

...el día 19 de noviembre de 2009, cuando promediaban las 22:10 horas, el Sr. Richard Moncada se encontraba en compañía de Juan Carlos Escobar Agames y Paola Andrea Salazar Zúñiga, entre otras personas, a la altura de la cra. 17 No. 13-17 del barrio Guayaquil de esta ciudad [Cali], cuando fue sorprendido por un sujeto que se le acercó y

sin mediar palabra desenfundó un arma de fuego disparando contra la humanidad del señor Richard Moncada, propinándole el primer impacto en la cabeza y cuatro (sic)1 más una vez... cayó al suelo.

...los acompañantes del occiso identificaron al homicida como alias “El Rolo”, persona conocida de tiempo atrás en ese sector.

De acuerdo con el decir de los testigos, inmediatamente después del lamentable suceso, el Sr. Juan Carlos Escobar Agames salió a correr tras el homicida, observando como durante la persecución... se iba despojando de algunas de sus prendas.

La información legalmente obtenida, los señalamientos de los testigos y las labores de investigación de la Policía Nacional, permitieron establecer que alias “El Rolo” se identificaba con el nombre de José Fernando Ortiz Buitrón...

Con fundamento en el anterior acontecer fáctico, el 21 de octubre de 2010, en el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, la Fiscalía le formuló imputación a José Fernando Ortiz Buitrón como autor de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, el cual no se allanó.

El 12 de enero de 2011, en el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, se acusó a Ortiz Buitrón por su probable autoría en los ilícitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (arts. 103 y 104-7 y 365 del C.P.).

Tramitado el juicio oral, el 9 de octubre de 2013 se condenó al procesado José Fernando Ortiz Buitrón como autor de las conductas punibles por las que fue acusado, a quien se le impuso la pena principal de 436 meses de prisión, así como las accesorias de privación

del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por 15 años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Además, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Ese fallo fue apelado por el defensor del inculcado y, el 23 de abril de 2014, el Tribunal Superior de Cali lo confirmó en su integridad.

Contra esa determinación, el apoderado del enjuiciado presentó recurso de casación.

LA DEMANDA:

Está compuesta por dos censuras, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera.

Primer cargo:

Con fundamento en la causal tercera de casación, el defensor denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto el Tribunal incurrió en error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad al apreciar el “reconocimiento fotográfico” realizado por el testigo presencial de los hechos Juan Carlos Escobar Agamez.

Al respecto señala, una vez hace referencia al principio de legalidad, al debido proceso probatorio, a la exclusión probatoria, así como a los métodos de identificación del imputado; que en el caso de la especie no se cumplió con lo preceptuado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal en orden a identificar al acusado, en particular porque la diligencia allí regulada no fue autorizada por un Fiscal y en ella no se exhibieron un número no inferior de siete fotografías al testigo.

En ese sentido, expresa que la inobservancia de lo consagrado en la norma en cita tuvo repercusión en “dos escenarios procesales”.

El primero, cuando la madre del occiso, señora Graciela de Moncada, le entregó al investigador Jesús Agustín Quistanchala Erazo un carné de Comcel, el que a su vez ésta había recibido de un desconocido, quien le dijo que pertenecía al homicida, así que el investigador Quistanchala Erazo se lo enseñó al testigo presencial de los hechos Juan Carlos Escobar Agamez, el cual le indicó que en efecto ese era el agresor, de modo que a partir de esa información logró establecer la identidad del inculpado, documento respecto del cual la defensa cuestiona que no fue objeto de cadena de custodia y que tampoco se descubrió con el escrito de acusación, pues de él solo se dio cuenta en el informe del referido investigador.

Por tanto, el censor afirma que el “reconocimiento fotográfico” realizado en esas condiciones fue irregular.

Agrega que si bien el testigo Juan Carlos Escobar Agamez reconoció al acusado en la audiencia del juicio oral como la persona que le disparó a la víctima, ello obedeció a las sugerencias que le hiciera el investigador Jesús Agustín Quistanchala Erazo.

El segundo “escenario procesal” en donde denuncia el impugnante adquiere relevancia el “ilegal reconocimiento” de marras, es en la audiencia del juicio oral, por cuanto los declarantes Juan Carlos Escobar Agamez y Jesús Agustín Quistanchala Erazo, basaron su sindicación en la información obtenida del carné de Comcel, a pesar del manejo irregular que se le dio a éste, de modo que concluye el actor que se está ante el llamado “fruto del árbol envenenado”.

En ese sentido, el recurrente expresa que “la carencia de legalidad... [del] reconocimiento hecho a instancias de la investigación, imprime en las declaraciones que a este se refieren, un alto contenido de ilegalidad que hace imposible su estimación como legítimas, pues esta información solo se explica en virtud de la ocurrencia de lo primero.

(...)

...[Es decir,] el reconocimiento directo e incriminatorio que hace Juan Carlos Escobar [Agamez], únicamente es explicable en razón al ilegal proceder del investigador. Sin que se niegue que el señor Escobar Agamez acreditó con suficiencia haber sido el testigo presencial de los hechos, [empero] también es contraevidente que ningún otro medio de prueba, anterior al ilegal reconocimiento, había arrojado con suficiencia la información que solo se pudo obtener con dicho elemento —carné— que adolece de extrema ilegalidad”.

De otra parte, una vez el censor repite que se desconoció lo preceptuado en el artículo 252 de La Ley 906 de 2004 e, igualmente, reitera las repercusiones que ello trajo frente a los dos “escenarios procesales” atrás advertidos, cuestiona a las instancias por no haber excluido el conocimiento obtenido por medio del reconocimiento irregular, pues la información conseguida a partir de él estaba afectada, observándose que, ni la Fiscalía ni los testigos ofrecieron en el juicio oral datos que permitieran inferir que esa información pudiera tener un origen independiente al reconocimiento ilegal, por lo que el censor asegura que el error de estimación probatoria es trascendente, por cuanto al no contarse con esa información el fallo habría sido absolutorio, al no poderse concretar la individualización y la identificación del acusado, de modo que solo quedaba demostrada la ocurrencia del homicidio.

Añade que frente a la irregularidad denunciada no cabe predicar una excepción a la regla de exclusión, pues no era posible que de modo independiente se obtuviera la identidad o la individualización del procesado, por cuanto el testigo presencial Juan Carlos Escobar Agamez, expuso en el juicio oral que antes de los hechos no lo había visto, sin que importe que en las entrevistas haya afirmado el nombre de aquel, por cuanto lo conoció a través de terceras personas.

Así las cosas, solicita casar la sentencia y que, en consecuencia, se absuelva al procesado.

Segundo cargo:

Al amparo de la causal tercera de casación, el impugnante denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto el Tribunal incurrió en error de hecho en la modalidad de falso raciocinio al apreciar los testimonios de María Isabel Arango Vega y Mariana Salazar Zuluaga, por cuanto le concedió credibilidad a lo manifestado por éstas en sus entrevistas, al paso que desechó el relato que ofrecieron en la audiencia del juicio oral.

En esa medida, una vez recuerda las conclusiones a las que arribaron los juzgadores de instancia frente a dichas declaraciones, asegura que desconocieron la máxima de la experiencia reconocida por la Corte² según la cual, “siempre o casi siempre que una persona ofrece una declaración bajo la gravedad del juramento dice la verdad”, así que como los falladores estimaron mendaces los relatos que aquellas ofrecieron en la audiencia del juicio oral, es claro que desconocieron la mencionada máxima de la experiencia.

Así mismo, el impugnante asegura que se soslayó el principio lógico de no contradicción, toda vez que las testigos inicialmente, fuera del juicio, declararon en un sentido y, finalmente, dentro del mismo, lo hicieron en otro, tras lo cual el actor hace referencia a la retractación y agrega que corresponde al juez la carga dialéctica de exponer las razones por las cuales forma su convencimiento a partir de versiones encontradas.

Ahora, una vez reitera que se ignoró la máxima de la experiencia antes mencionada, recuerda que si bien María Isabel Arango Vega, en síntesis, expuso que había recibido \$50.000 de manos de Graciela de Moncada, madre del occiso, para que declarara que el procesado era el culpable, y asegura el recurrente que esa versión no fue impugnada en su credibilidad, como para concluir que estaba mintiendo, a pesar de que los juzgadores de instancia concluyeron que sí lo hizo, pues adujeron que no era verosímil que la citada se prestara para hacer una sindicación tan grave, amén de que no había

prueba que respaldara esa afirmación; a juicio del recurrente de esto se sigue que ha debido otorgársele “cierto” grado de credibilidad a tal deponente, por lo menos para poner en duda la responsabilidad del acusado.

Agrega que no es extraño que la madre de la víctima, en busca de justicia, hubiese acudido al método anotado para ver condenado a quien creía era el responsable de la muerte de su hijo, de modo que ha debido dársele “cierta” credibilidad a dicha circunstancia.

Añade el actor, que de conformidad con la regla de la experiencia anotada, se le ha debido dar credibilidad a lo señalado por María Isabel Arango Vega, en punto de que había mentido en las versiones anteriores.

En cuanto hace relación al testimonio de Mariana Salazar Zuluaga, el censor afirma que se incurrió en el desconocimiento del principio de no contradicción, al dar por cierta la versión que ésta entregó por fuera del juicio oral y desechar la ofrecida al interior del mismo, tras interpretarse que tal retractación se había originado en el interés de favorecer indebidamente al procesado.

Cuestiona el demandante que si bien el Fiscal impugnó la credibilidad de tal testigo, no incorporó su entrevista inicial, pues solo se le dio lectura al aparte pertinente, ignorándose que la deponente estaba declarando bajo la gravedad del juramento sobre que a ella no le constaba que el homicida hubiese sido el acusado, de donde se sigue que se soslayó el principio de no contradicción, amén de que se debe hacer prevalecer lo que el declarante manifieste bajo la gravedad del juramento, así que si el juez le da mayor valor a la versión realizada fuera del juicio, está en el deber de ser más riguroso, mas no limitarse a emitir meras aseveraciones sin soporte alguno.

En es amedida, en concepto del impugnante, cuando Mariana Salazar Zuluaga se retractó y dijo desconocer si el procesado era el agresor de la víctima, abrió la posibilidad a la

duda, por lo que no era posible sustentar la condena con su dicho.

Una vez el defensor cuestiona la forma como la Fiscalía interrogó a la referida testigo, refiere que como en las dos versiones que ofreció esta deponente, valga decir, aquella vertida antes del juicio y la ofrecida en la audiencia del juicio oral, lo hizo bajo la gravedad del juramento, entonces es probable que en ambas dijo la verdad o que en juntas faltó a ella, lo que permite afirmar que a partir de las mismas surge la duda.

Finalmente, aduce que de no haberse dejado de lado la máxima de la experiencia ya reseñada, así como el principio de no contradicción, se habría concluido que no era factible respaldar la sindicación realizada por Juan Carlos Escobar Agamez, con las versiones de María Isabel Arango Vega y Mariana Salazar Zuluaga, de donde se sigue que no era posible afirmar, más allá de toda duda, que el procesado era el responsable de la muerte de la víctima.

Así mismo, indica que si se hubiera aplicado la máxima de la experiencia comentada, se habría dado crédito a lo dicho por María Isabel Arango Vega, en punto de que la madre del occiso le pagó para que sindicara al acusado, o por lo menos se habría puesto en duda la responsabilidad de éste en el homicidio.

Así las cosas, pide casar la sentencia y que, en consecuencia, se absuelva al inculpado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. Sobre la casación en la Ley 904 de 2004:

Para que la demanda que sustenta el recurso extraordinario sea admitida, es necesario que satisfaga un conjunto de presupuestos encaminados a que contenga una exposición lógica y debidamente argumentada, conforme se desprende de lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 184, pues allí se indica que “No será

seleccionada, por auto debidamente motivado... si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, [o] no desarrolla los cargos de sustentación”.

Así mismo, cabe señalar que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 183 de la Ley 906, el recurso de casación se debe interponer mediante “demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos”.

Ahora, a los criterios señalados en las disposiciones citadas, se suma aquel relativo a que concurra la necesidad de proferir un fallo con el objeto de cumplir alguno de los fines del recurso referidos en la última parte del inciso 2º del artículo 184 de la mencionada ley, por cuanto allí se expresa que también se inadmitirá la demanda “cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”.

En esa medida, es claro que con la Ley 906 de 2004 adquieren significativa importancia los fines del recurso, al punto que en el inciso 3º de su artículo 184 se establece que la Corte, “atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo”.

Lo anterior permite concluir, que no obstante la demanda de casación no reúna los presupuestos de orden lógico y argumentativo para su admisión, si la Sala advierte la necesidad de proferir fallo de fondo con el objeto de garantizar los fines del recurso extraordinario, salva tales inconsistencias para acometer el estudio del asunto.

Así mismo, es posible la hipótesis contraria, es decir, que a pesar de que la demanda cumpla a cabalidad con los presupuestos formales antes indicados, se deba inadmitir en razón de la ausencia de necesidad de proferir fallo de fondo, pues no hay motivo para activar los fines de la casación.

Esta concepción del recurso extraordinario, ha llevado a exigir que para admitir la demanda se indique y demuestre la necesidad de un pronunciamiento de fondo con el propósito de satisfacer alguno de sus fines, es decir, los previstos en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Siendo ello así, la Sala evidencia que en el caso particular, si bien el impugnante da a entender que se precisa de un fallo de la Corte, no atina a demostrar que en verdad el mismo sea necesario, pues, como más adelante se expondrá al abordar el estudio formal de los cargos que postula, en ellos se parte de una realidad distinta a la que objetivamente refleja la actuación, amén de que se intenta hacer prevalecer la postura personal sobre la fijada por el Tribunal, por lo que los errores que denuncia en punto de la apreciación de la prueba resultan intrascendentes, de donde se sigue que no se considera procedente superar tales falencias para decidir de fondo.

II. Sobre la demanda en concreto:

Primer Cargo:

Como quiera que el defensor alega que el Tribunal incurrió en error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad al apreciar, el que a su juicio, fue el “reconocimiento fotográfico” realizado por el testigo presencial de los hechos Juan Carlos Escobar Agamez, pues no se llevó a cabo de conformidad con lo preceptuado en el artículo 252 de la Ley 906 de 2004, pues no se ordenó por un Fiscal ni se hizo exhibiendo por lo menos siete fotografías; ello obliga a realizar varias consideraciones en orden a evidenciar que la censura planteada en esos términos se perfiló equivocadamente y de allí su intrascendencia.

En primer lugar, es preciso señalar que si bien la Corte tiene decantado que cuando en sede de casación se ataca el reconocimiento fotográfico con fundamento en que en su realización no se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 252 de la Ley 906 de

2004, el reproche debe enfocarse denunciado un error de derecho por falso juicio de legalidad (CSJ AP, 25 feb. 2015, rad. 43820), por igual no debe perderse de vista que ha manifestado que para acudir a esa clase de reproche, es necesario que el Tribunal haya admitido que en efecto se está ante aquel tipo de acto, pues, de lo contrario, es decir, cuando no ha aceptado que se está en su presencia, el ataque debe intentarse bajo los derroteros de un error de hecho en cualquiera de sus posibles modalidades (CSJ SP, 9 feb. 2011, rad. 27850).

Así lo expresó la Corporación al resolver un caso que recogió un supuesto de hecho similar al que ahora concita la atención, el cual, si bien se rigió por la Ley 600 de 2000, trajo a colación lo decidido en un asunto gobernado por la Ley 906 de 2004, el que tuvo como base el tema del reconocimiento en fila de personas.

Los censores encaminan sus propuestas a cuestionar la valoración que el juzgador otorgó al acto realizado... en las instalaciones del Comando de Policía... en donde el mayor... al mando de esa unidad, enterado de la supuesta irregularidad cometida por algunos de sus subordinados... ordenó una formación del personal, en la cual fueron identificados... algunos policiales. Estiman los demandantes que careció de los requisitos legales exigidos para la realización de un reconocimiento en fila de personas y, por lo tanto, se incurrió en el pretextado error de derecho por falso juicio de legalidad al otorgarle valor probatorio incriminante.

(...)

Ahora bien, el Tribunal Militar parte de aceptar que tal reconocimiento no fue legal en cuanto no cumplió con todos los requisitos legales exigidos para su formación, pero que debe tomarse como un indicio convergente en contra de los procesados. Así lo consignó:

“ataca la defensa el reconocimiento que de los sindicatos hicieron los denunciantes ante el mayor... procedimiento realizado sin los requisitos legales, al respecto y tal

como en su oportunidad se pronunciara la Sala, si bien es cierto, ha debido dirigirla un juez, lo anterior es un indicio convergente que demuestra la sinceridad y la resolución de las víctimas para reclamar lo que se les estaba perdiendo, y además, como acertadamente se dijera en la acusación, tal diligencia se hizo posteriormente con el lleno de las exigencias legales donde fueron reconocidos los sindicatos, sin que sea de recibo que la ilegalidad del primer reconocimiento contamine la prueba posterior independiente y autónoma, punto sobre el cual oportunas son las palabras de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha sido reiterativa en sostener que no por las circunstancias de ser una prueba ilegal, quede el funcionario judicial inhabilitado para indagar sobre los hechos delictivos innegables e incontrovertibles que son descubiertos en su desarrollo, ni por consiguiente, para adelantar gestiones orientadas a establecer por otros medios de prueba la responsabilidad de las personas involucradas en el hecho, o escucharlas en indagatoria, puesto que el Estado no puede renunciar al ejercicio de la acción punitiva que por mandato constitucional le corresponde cumplir, porque hacerlo equivaldría a erigir una informalidad legal en casual de impunidad³...” (subrayas fuera de texto).

Pues bien, no le asiste razón al ad quem ni a los casacionistas para descalificar probatoriamente y tachar de ilegal el acto de señalamiento realizado ante el mayor... en el entendido de que no tuvo pretensiones de ser un reconocimiento en fila de personas y, por ende, para establecer su validez legal no debe ser confrontado con los requisitos exigidos para este tipo de prueba.

En efecto, dicho señalamiento fue incorporado al proceso a través de diversas pruebas...

Significa ello que... no es cierto que el señalamiento fue ilegal, por la sencilla razón de que no se trató de un reconocimiento en fila de personas con las formalidades que de acuerdo con la ley debe cumplir. Consecuentemente, tampoco es procedente atacar su

valoración confrontándolo con los presupuestos legales de formación y aducción de esa prueba. Se trató simplemente, como ya se dijo, de un señalamiento introducido al proceso a través de las pruebas aludidas, cuyo cuestionamiento podrá enderezarse por violación a las reglas de la sana crítica, como así lo precisó la Sala cuando abordó la temática en un asunto similar:

“La referida individualización no se dio al interior de la diligencia de reconocimiento en fila de personas del artículo 253 de la Ley 906 de 2004, sino de un señalamiento efectuado por una de las víctimas respecto de los capturados como autores de los delitos cometidos, diligencia en un todo válida como eficaz, pues a fines de la correlativa legalización de la captura y por virtud del principio de necesidad de la prueba se hacía imperioso ponerlas ante la vista de quien fuera una de las personas afectadas con los delitos, para que verbalmente y por escrito en la denuncia diera testimonio y manifestara si se trataba o no de los autores.

En esa medida, el señalamiento... se incorporó a los contenidos de su testimonio como ofendida y se tradujo en noticia criminis, esto es, como medio de convicción y a su vez como objeto de prueba.

La circunstancia de que minutos después de la consumación de los reatos no se hubiera practicado una diligencia de reconocimiento en fila de personas de acuerdo al artículo 253 de la Ley 906 de 2004, en manera alguna afecta de ilicitud ni de ilegalidad el testimonio de la denunciante y, por ende, sus contenidos en orden a su credibilidad o ausencia de la misma, no eran dables censurarlos por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, sino eventualmente —de haberse dado— por menoscabo a los postulados de la sana crítica de acuerdo a los criterios del artículo 403 del C. de P.P.

El reconocimiento que realiza una persona como sujeto pasivo de un delito respecto de sus victimarios, señalamiento entendido como testimonio del ofendido, es susceptible de

censuras en casación penal en lo relativo a su ausencia de credibilidad, por afectaciones a su eficacia en eventos de manifiesta sospecha de error o de intención de engañar.

Puede afirmarse que el testigo en general incluido el testimonio del ofendido, se torne afectado en su credibilidad por la naturaleza inverosímil o increíble de su testimonio, por ausencia de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración, es decir, por obstáculos, afectaciones o minusvalías en su capacidad intelectual o sensorial para el caso visual o auditiva, o imposibilidad de registros, aspectos que en manera alguna se reportan ni evidencian en... ni menos que la misma hubiese tenido motivos que le generaran una intención de engañar, ni que tuviese razones de parcialidad..."⁴ (subrayas en el original, CSJ SP, 9 feb. 2011, rad. 27850).

Señalado lo anterior, se tiene que el Tribunal en el caso particular, al referirse a lo que el impugnante denomina "reconocimiento fotográfico", lo hizo en los siguientes términos:

...se logró obtener la plena identificación del sentenciado, luego de recepcionadas las entrevistas y ser aportado el documento [carné de Comcel] que contenía su fotografía, último que fue colocado de presente al señor Juan Carlos Escobar Agamez, reconociéndolo plenamente como la persona que había perpetrado el homicidio.

Contrario a lo razonado por el recurrente, como que el testigo no realizó un legítimo reconocimiento fotográfico que le permitiera señalar con certeza que en realidad su prohijado es la misma persona que ultimó a su tío, debe decirse que si bien este último señalamiento no fue realizado bajo parámetros de legalidad, lo cierto es que, no existe duda que el señor Juan Carlos Escobar Agamez, tuvo la oportunidad de observar y no olvidar las características físicas del agresor, eso sí, las que estuvieron a su alcance de ser visualizadas, pues fue precisamente en el mismo momento del hecho que el testigo

ofreció toda la información tendiente a lograr la identificación del homicida, indicando con claridad en la audiencia [del juicio oral] que “Lo mataron ahí debajo de mi casa, yo estaba ahí presente cuando lo mataron... Yo estaba hablando con mi tío en la puerta de la casa cuando llegó el tipo a matarlo ahí debajo de la casa”. Señalándolo como el señor “que está acá al lado, sino que no me le conozco el nombre... el de la camisa roja con azul”. Persona que iba vestida con una chaqueta y gorra, detrás de lo cual salió a correr, mientras se iba quitando la chaqueta y la gorra; a quien no había visto con anterioridad al hecho de sangre, “... pero en este momento sí me recordé de las características que yo vi y de la forma de él, o sea de la forma de andar, de la forma de caminar, de todo”. Enterándose solo hasta el mes y medio o dos meses posteriores al hecho, cómo se llamaba y cuál era su remoquete, porque en un lugar donde él consumía alucinógenos se lo informaron a su esposa.

Así las cosas, es claro que el juzgador de segundo grado, en modo alguno predicó del señalamiento realizado por el testigo presencial de los hechos Juan Carlos Escobar Agamez, con fundamento en la foto que aparecía en el carné de Comcel, que tal acto pudiera reputarse como un reconocimiento fotográfico en los términos del artículo 252 de la Ley 906 de 2004, como lo insinúa el demandante y de allí que enfoque equivocadamente la censura denunciando un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Por tanto, toda la argumentación que ensaya el demandante dirigida a darle soporte a ese tipo de yerro de apreciación probatoria carece de pertinencia.

Con todo, no sobra mencionar que, contrario a lo manifestado por el libelista, no es cierto que solo a partir del señalamiento realizado por el testigo presencial de los hechos Juan Carlos Escobar Agamez, se haya logrado o se pudiera individualizar e identificar al acusado, pues el Tribunal afirmó sobre el particular lo siguiente:

El investigador Jesús Agustín Quistanchala Erazo, se encargó de recepcionar las entrevistas del señor Juan Carlos Escobar Agamez y su compañera Paola Andrea Salazar, teniendo conocimiento del nombre del señor José Fernando Ortiz Buitrón, "...porque después de realizadas las dos diligencias de entrevista, se menciona la participación de alias «El Rolo», obteniendo conocimiento de que «El Rolo», en el sector de Guayaquil [un barrio de Cali], es conocido con el nombre de José Fernando Ortiz Buitrón..."⁵.

Y aunque dicha información se afianzó cuando "... la señora madre del hoy occiso Richard Moncada me hace entrega de un documento, un carné de Comcel, el que según ella, fue entregado por un ciudadano que había tenido conocimiento sobre la participación de este señor en ese momento de los hechos, con ese documento ya hago las actividades de reconocimiento a la Registraduría para poder obtener la plena identificación"⁶; lo cierto es que atendiendo precisamente la labor investigativa desplegada, se tenía conocimiento previo que alias El Rolo era quien había perpetrado el hecho de sangre y que se identificaba con el nombre de José Fernando Ortiz Buitrón.

En esa medida, es claro que el actor no tiene en cuenta el contenido de la prueba para hacer la crítica anotada y por tanto la misma queda desvirtuada, pues por otros medios, por lo menos se había logrado la individualización del procesado.

De otra parte, por igual cabe preciar que carece de fundamento la afirmación de la defensa según la cual, el testigo Juan Carlos Escobar Agamez reconoció al acusado en la audiencia del juicio oral como la persona que le disparó a la víctima debido a las sugerencias que le hiciera el investigador Jesús Agustín Quistanchala Erazo, pues, por el contrario, el deponente en cita fue enfático al señalar que nadie le había insinuado cómo declarar en el juicio⁷

En suma, como el recurrente no tiene en cuenta, el contenido de la prueba y del fallo impugnado para perfilar la censura, de esto se sigue que el cargo debe ser inadmitido en razón de su intrascendencia.

Segundo cargo:

Si bien el censor denuncia la consolidación de errores de hecho por falso raciocinio al apreciar las declaraciones de María Isabel Arango Vega y Mariana Salazar Zuluaga, por cuanto a su juicio se desconoció una máxima de la experiencia y un principio de la lógica al apreciarlas; como quiera que lo que muestra tal censura es el interés del libelista por imponer su criterio sobre el plasmado en el fallo impugnado, para lo cual incluso ignora la realidad procesal, según se expondrá en adelante, de esto se sigue que el cargo debe ser inadmitido.

En efecto, obsérvese que la máxima de la experiencia a la que acude el recurrente para edificar el falso raciocinio alegado se funda en que “siempre o casi siempre que una persona ofrece una declaración bajo la gravedad del juramento dice la verdad”, la cual es tomada de una decisión de esta Sala⁸, así que concluye que como los falladores estimaron mendaces los relatos que las citadas ofrecieron en la audiencia del juicio oral, entonces es claro que ignoraron dicha máxima.

En esa medida, resulta necesario realizar varias precisiones con el propósito de evidenciar los equívocos en que incurre el impugnante, a partir de lo cual se concluye que en modo alguno se desconoció la referida máxima de la experiencia.

Inicialmente resulta oportuno recordar que como el impugnante acude a esa regla de la experiencia para sacar adelante la tesis conforme a la cual se debe dar crédito a lo señalado por las deponentes María Isabel Arango Vega y Mariana Salazar Zuluaga en el juicio oral y desecharse lo por ellas expresado en las entrevistas, es evidente que con ello ignora que de forma constante la Sala ha manifestado que las entrevistas, cuando se utilizan

para impugnar la credibilidad del testigo, se integran al testimonio (CSJ SP, 24 feb. 2010, rad. 31946).

Por tanto, cabe recordar que el testimonio está conformado por lo dicho por el deponente en el juicio oral, por aquello que se incorpora por razón de la entrevista y que se trae para impugnar la credibilidad del testigo, y por lo que se responde por razón de la impugnación, todo lo cual, es de obviedad decirlo, se entiende vertido bajo la gravedad del juramento al entenderse, conforme se recordó y lo ha dicho la Sala, que se integra al testimonio.

Si ello es así, amén de que las entrevistas no son prueba autónoma como lo tiene decantado la Sala (CSJ SP, 17 mar. 2010, rad. 32829), pues solo tienen efectos probatorios bajo la condición advertida (valga insistir, que en razón de la impugnación de la credibilidad del testigo se incorporan al testimonio), mal podía concluir el censor que el juez le dio crédito a las entrevistas per se y por tanto desconoció la regla de la experiencia según la cual, cuando una persona ofrece una declaración bajo la gravedad del juramento dice la verdad.

Dicho en otros términos, debido a que solo se puede calificar como prueba testimonial la practicada en la audiencia del juicio oral, de la que hace parte la entrevista cuando se impugna la credibilidad del testigo, de allí se sigue que no era posible alegar la máxima de la experiencia en cuestión, por cuanto en este asunto entrevista y testimonio se fusionaron en un solo cuerpo con vocación probatoria, entendiendo que se hizo bajo la gravedad del juramento.

De otra parte, la crítica que hace el demandante sobre la valoración que el Tribunal efectuó del testimonio de María Isabel Arango Vega carece de fundamento, pues no es cierto que el ad quem haya descartado su dicho a partir de la impugnación de su credibilidad realizada por la Fiscalía con fundamento en entrevistas previas, sino que le

restó poder suasorio por cuanto, de un lado, la citada, expresa y unilateralmente, reconoció que había mentido cuando rindió su versión ante la policía judicial al comprometer al enjuiciado en los hechos y, de otra parte, porque no era posible admitir como cierto aquel relato final consistente en que la madre del occiso, señora Graciela de Moncada, le había dado \$50.000 para que sindicara al procesado, en particular en atención a que no había prueba alguna de que la citada albergara algún interés en culpar deliberadamente al acusado, amén de la existencia del claro señalamiento realizado por Juan Carlos Escobar Agamez acerca de que el encartado José Fernando Ortiz Buitrón fue quien le causó la muerte a la víctima.

De otra parte, el denunciado desconocimiento del principio de no contradicción derivado del hecho de que se dio por cierta la versión ofrecida por Mariana Salazar Zuluaga en la entrevista, tras la debida impugnación de la credibilidad de la testigo, en donde incriminaba al acusado, al paso que se desechó el relato brindado por aquella en el juicio oral, en el cual exoneró al implicado de lo sucedido, es una muestra adicional del interés del recurrente por imponer su visión personal, pues sin ningún rigor, en términos del recurso de casación, pretende que se avale su último relato.

Con todo, no sobra recordar que el Tribunal de manera exhaustiva ofreció las razones por las cuales se inclinó por darle crédito a la versión inicial de la citada.

Ahora, contrario a lo afirmado por el recurrente, legalmente no es necesario que se incorpore a la actuación la entrevista que sirve de soporte para impugnar la credibilidad del testigo, pues basta que en desarrollo de tal labor se deje constancia del contenido pertinente, de lo cual, en el caso que ocupa la atención, dan plena cuenta los registros.

Lo dicho en precedencia acerca de que el Tribunal sorteó adecuadamente las contradictorias manifestaciones de las declarantes María Isabel Arango Vega y Mariana Salazar Zuluaga, de suyo pone de manifiesto que pierde toda pertinencia la aspiración del

actor porque en el sub judice se reconozca la duda a favor del acusado, la cual incluso escasamente se deja esbozada.

Entonces, evidenciado como ha quedado, que el libelista acude al recurso de casación para insistir en la postura que la defensa patrocinó en las instancias, mas no con el ánimo de mostrar verdaderos errores de hecho trascendentes, se impone inadmitir la censura objeto de estudio.

Cuestión adicional:

No obstante lo anterior, la Corte observa la eventual vulneración de garantías del procesado al dosificar la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego en la sentencia.

Por tanto, como la Corte está facultada para intervenir ante el quebranto de garantías con el propósito de hacer efectivo el derecho material, por ello ordenará que una vez se surta la notificación de la presente determinación y se resuelva el mecanismo de insistencia en el evento de intentarse, vuelva el proceso al Despacho del Magistrado ponente para que la Sala oficiosamente profiera el pronunciamiento respectivo.

Ahora, conforme también lo tiene precisado la Corporación (CSJ AP, 23 ago. 2007, rad. 28059), no se dispondrá de la celebración de la audiencia de sustentación prevista en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, por cuanto su procedencia está circunscrita a los casos de admisión del libelo.

Sobre el mecanismo de insistencia:

Cabe mencionar que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación, únicamente procede el mecanismo de insistencia previsto en el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, en los términos señalados por esta Sala en auto del 12 de

diciembre de 2005, proferido dentro de la radicación No. 24322.

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 del procesado José Fernando Ortiz Buitrón.
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 por la Sala.
3. REGRESAR el diligenciamiento al Despacho del Magistrado Ponente en la oportunidad definida en las consideraciones de esta providencia, con el propósito de que la Sala se pronuncie oficiosamente acerca de la posible vulneración de garantías del procesado.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En realidad fueron cinco impactos más.

2 CSJ SP, 28 sep. 2006, rad. 19888.

3 “C.S. de J. radicado No. 13810, julio 23 de 2001...”

4 “Auto de 23 de abril de 2008, rad. 29416. En el mismo sentido, sentencia de abril 10 de 2003, rad. 16485.”

5 “Minuto 33:09”

6 “Minuto 33:09”

7 Minuto 1:14:46.

8 CSJ SP, 28 sep. 2006, rad. 19888.