

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

AP2787-2015

Radicación n° 42666

(Aprobado Acta No.184)

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

ASUNTO

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada contra la sentencia del 15 de agosto de 2013 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que confirmó la condena emitida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad en contra de Hellen Gisset Giraldo Montilla como autora del punible de homicidio agravado.

HECHOS

El 27 de noviembre de 2009, a las 10:30 p.m. aproximadamente, la joven Hellen Gisset Giraldo Montilla ingresó al establecimiento denominado “El Imperio Persa” de la ciudad de Barranquilla, acompañada de una persona de sexo masculino, que tenía puesta una gorra y un cabestrillo en uno de sus brazos. Es de resaltar que al mencionado establecimiento, sólo se permite el ingreso de parejas, hombre y mujer.

Giraldo Montilla y su acompañante se ubicaron en una de las mesas del segundo piso, donde fueron atendidos por los meseros Darwin Rafael Molina Castillo y Heberto David Arrieta Sánchez.

Posteriormente se presentaron varias personas conformándose un grupo, entre quienes estaba el abogado Teddy Leonardo Schmalbach Barraza, quien se instaló en una de las mesas ubicada al lado de donde estaba la pareja.

Antes de que llegara el segundo grupo se observa cómo la joven Hellen Gisset Giraldo Montilla, dirige su atención al mencionado abogado, denota alegría y se dirige hacia su acompañante.

Aproximadamente a la 1:00 a.m., Giraldo Montilla recibió una llamada a su celular, se dirigió a la entrada al baño donde sostuvo el diálogo telefónico por algunos minutos, luego de lo cual regresó donde se encontraba su acompañante.

Seguidamente, Schmalbach Barraza se dirige al baño, momento en el cual el hombre que acompañaba a Giraldo Montilla le propinó un disparo en la cabeza, que produjo su muerte instantánea, luego de lo cual salió del lugar.

Minutos antes Hellen Gisset Giraldo Montilla había salido del lugar con la finalidad de conseguir un taxi, en el cual regresó al establecimiento y recogió a la persona que disparó, logrando de esta manera huir del sitio.

De otra parte, el homicida hizo entrega del arma utilizada en el crimen a la imputada Giraldo Montilla, quien la guardó en su bolso.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 12 de marzo de 2010 se realizó la audiencia preliminar de legalización de captura,

formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a Hellen Gisset Giraldo Montilla, mientras que el 8 de abril del mismo año el representante de la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación en su contra por los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, y porte de armas de fuego o municiones.

El trámite de la audiencia de acusación correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito Adjunto con funciones de conocimiento de Barranquilla, Despacho ante el cual el 29 de abril de 2010 se realizó la diligencia respectiva. Seguidamente, el 10 de septiembre de 2010, se cumplió la audiencia preparatoria.

Una vez realizada la correspondiente audiencia pública de juzgamiento en sesiones del 11 de noviembre y 3 de diciembre de 2010, del 11 de febrero, 18 de marzo, 6 de abril, 26 de mayo, 16 de junio, 3 y 22 de agosto, 6 y 13 de septiembre, 3, 19 y 27 de octubre, 11 y 23 de noviembre de 2011, se procedió a emitir el correspondiente fallo el 13 de diciembre del mismo año, mediante el cual se condenó a la procesada citada a la pena de cuatrocientos dos (402) meses de prisión como responsable del delito de homicidio agravado, al tiempo que la absolvió por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

De igual manera le impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso idéntico al de la pena privativa de la libertad y negó la suspensión condicional de la pena.

La defensa de la acusada interpuso recurso ordinario de apelación contra el fallo de primer grado, que fue confirmado por el Tribunal Superior de Barranquilla mediante providencia del 15 de agosto de 2013, decisión contra la cual, a su vez, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya calificación de la demanda es el objeto del actual pronunciamiento.

LA DEMANDA

Tres cargos formula el defensor contra el fallo de segundo grado, el primero de ellos con fundamento en la causal segunda de casación, y los dos restantes con apoyo en la causal tercera, censuras que desarrolla en los siguientes términos.

Causal Segunda (Cargo Único)

Acorde con lo estipulado en el numeral segundo del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, denuncia el casacionista que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por errada calificación jurídica de la conducta.

En desarrollo de su planteamiento, advierte que si bien su defendida fue imputada y acusada por el delito de homicidio agravado, nada se dijo acerca de la forma de participación, eventualidad constitutiva de violación del debido proceso, ya que para precisar la imputación jurídica, es necesario referirse en debida forma a la hipótesis delictiva con todas las circunstancias delictuales.

Asegura que tener a Hellen Gisset Giraldo Montilla como coautora "...es inflar la imputación, pues si lo que la mujer se dice hizo y que se le atribuye es acompañar al sicario, después que este mata al ciudadano abogado, guardó el arma y huyó con esa persona, tal comportamiento no es más que una complicidad, pues se está prestando una colaboración en la perpetración del reato...".

Sostiene que dejar de aplicar la complicidad en este caso, implicaría hacer desaparecer tal figura jurídica del ordenamiento penal, ya que se trata en esta oportunidad simplemente de prestar una colaboración o ayuda a otro para la consumación de un punible.

Agrega que la pena impuesta a Giraldo Montilla es la que corresponde al autor

material del delito, mientras que a ella le sería aplicable una sanción degradada, proporcional a la colaboración prestada, ya que sin esta el delito se habría cometido, es decir, su aporte fue accesorio, residual.

Afirma que la irregularidad denunciada es trascendente, pues de haber sido condenada como cómplice, la sanción impuesta hubiera sido inferior.

Por último, solicitó a la Corte declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, con la finalidad que se proceda a la calificación jurídica correcta.

Causal Tercera (Primer Cargo)

Con fundamento en la causal tercera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante pregonó la existencia de un error de derecho por falso juicio de convicción, por haber otorgado los juzgadores de instancia eficacia demostrativa a tres reconocimientos fotográficos, sin hacer la respectiva diligencia en fila de personas, tal y como lo ordena el artículo 252, inciso último, de la mencionada normatividad.

Explica que los tres reconocimientos fotográficos realizados como actos de investigación por funcionarios de policía judicial con la participación de los meseros del establecimiento comercial donde ocurrieron los hechos y del taxista que presta sus servicios en los alrededores del lugar, no contaron con el reconocimiento en fila de personas como su necesario y obligatorio complemento, acorde con lo previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, no obstante lo cual fueron tenidos como fundamento de la condena emitida en contra de su representada.

Agrega que en esta oportunidad, para poder dar valor probatorio a estos elementos de juicio, procedía realizar la identificación en fila de personas, toda vez que la imputada se encontraba privada de la libertad.

Sostiene que el señalamiento fotográfico es un acto de investigación para lograr la identificación de personas, pero en manera alguna constituye prueba directa de responsabilidad, connotación que solo sería factible adquirir si se realiza una incriminación directa en el curso de la audiencia de juicio.

En apoyo de su argumentación, transcribe apartes de pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en relación con la omisión del reconocimiento en fila de personas.

Causal Tercera (Segundo Cargo)

Denuncia el libelista la estructuración de un error de derecho por falso juicio de convicción, pues en su opinión la sentencia en contra de su representada se fundamentó exclusivamente en prueba de referencia, con lo cual se vulneró el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

En desarrollo de la censura, expresa el defensor que pese a la expresa prohibición contenida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, los juzgadores de instancia otorgaron valor probatorio a las declaraciones de Darwin Rafael Molina, Heberto David Arrieta y Miguel Ángel Díaz, recogidas como entrevistas por funcionarios de policía judicial e introducidas por ellos mismos al juicio oral.

Manifiesta que las declaraciones en mención fueron recaudadas por personal de la policía judicial por fuera del juicio oral, sin contar con la participación de la defensa.

Agrega que no obstante las personas que rindieron las mencionadas entrevistas concurrieron al juicio oral, tal eventualidad no les quita el carácter de prueba de referencia, en razón a que "...es necesario escindir el dicho en entrevistas con la declaración escuálida y exigua que se dio en vigencia del juicio oral, ya que el contenido de ambas declaraciones en nada converge, no son coherentes, son desarmónicas, mucho menos concordantes, pues mientras en entrevistas se hace señalamientos, durante el

juicio, no la reconoce, dicen que ella no es, no la señalan, la excluyen de toda participación...”.

Afirma que la irregularidad denunciada es trascendente, en razón a que al excluir las mencionadas declaraciones, no existiría prueba que permita emitir condena en contra de su representada, ya que los videos introducidos por los funcionarios de policía judicial son inidóneos y no conducen a concluir responsabilidad, ya que las imágenes son borrosas.

Concluye que la condena en contra de la acusada tuvo lugar con ocasión de los errores en la valoración probatoria en que incurrieron los funcionarios de instancia.

Por último, solicita a la Corte Suprema de Justicia casar la sentencia impugnada, declarar la nulidad de la actuación desde la formulación de imputación “...y/o dictar el fallo que en derecho corresponda luego de declarar fundada las causales y cargos con los cuales se acusa...”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Según lo establece el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurso de casación es un mecanismo de control tanto constitucional como legal, que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia y que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 del mismo ordenamiento, tiene como propósitos:

- i. la efectividad del derecho material,
- ii. el respeto de las garantías fundamentales,
- iii. la reparación de los agravios inferidos y

iv. la unificación de la jurisprudencia.

En dicha finalidad, la Corte Suprema de Justicia se encuentra facultada para no seleccionar la demanda a pesar de colmar las exigencias legales, o por el contrario, para superar sus defectos y decidir de fondo cuando los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso, e índole de la discusión lo ameriten, sin que ello implique, desde luego, que el escrito mediante el cual se interpone el recurso sea de libre configuración y desprovisto de todo rigor, o que tenga como finalidad abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de puntos que han sido materia de controversia.

En tales condiciones, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, quien acude al mismo debe ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, atinentes a la observancia de coherencia, precisión y claridad en el desarrollo de cada uno de los reparos efectuados, y desarrollarlos conforme con las causales de procedencia previstas en el artículo 181 del ordenamiento procesal, en aras de persuadir a esta Corporación de revisar el fallo de segunda instancia con el fin de corregir el pronunciamiento que se revela contrario a derecho.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, lo primero que se advierte es que la demanda no cumple los requisitos para ser seleccionada porque el libelista, además de no demostrar que el fallo es necesario para cumplir alguna de las finalidades de la casación, tema que ni siquiera menciona, tampoco expresa el fundamento de los aspectos que reprocha.

En efecto, no tuvo en cuenta el demandante que, acorde con lo previsto en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, resulta necesario que el escrito aborde en acápite separado la explicación respecto a qué se pretende con el recurso extraordinario, esto es, si la

efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, o la unificación de la jurisprudencia. No cumple el libelista en esta oportunidad con dicha exigencia, circunstancia que por sí sola amerita el rechazo de la demanda.

Adicionalmente, es evidente la ausencia de claridad y precisión de los cargos, en cuanto omitió un adecuado desarrollo de los mismos, según pasa a evidenciarse respecto de cada uno de ellos.

Causal Segunda (Cargo Único)

Resulta evidente que la postulación del primer cargo acusa deficiencias de orden técnico y de fundamentación, los cuales dan al traste con la pretensión del recurrente para que se anule la actuación.

Reiteradamente ha sido dicho por la Corte, que la casación no es instancia adicional en la cual puedan ser presentados informalmente argumentos de disenso contra los fallos de segunda instancia, ni constituye una prolongación del juicio donde resulte posible continuar el debate fáctico y jurídico propio del trámite regular del proceso.

Su planteamiento ha de obedecer a la denuncia y demostración de haber sido transgredida la ley con el fallo, y el escrito a través del cual se ejerce debe cumplir rigurosos requisitos de forma y contenido, establecidos por el Código de procedimiento penal, entre los que se encuentra la obligación de presentar de forma clara y precisa los fundamentos fácticos y jurídicos del motivo de casación que se aduce.

En esta oportunidad la censura se postula como nulidad por infracción al debido proceso, mas dicha acusación no encuentra un sustento argumentativo claro y preciso, por cuanto simultáneamente el recurrente se refiere a diversas falencias, algunas de

las cuales tendrían otra vía de ataque, todo lo cual se agrava con la ausencia de desarrollo técnico de tales manifestaciones de inconformidad.

Así, pareciera en principio que el reproche lo es por un posible defecto de motivación de la formulación de imputación, de la acusación y de las sentencias de instancia, en cuanto se argumenta que "...el encuadramiento típico..." fue erradamente elaborado, ya que al comportamiento atribuido a su defendida se le dio la denominación jurídica de homicidio "...pero nada se dijo sobre la forma de participación...", es decir que no se precisó la hipótesis delictiva con las consecuencias delictuales "...que permitan un decrecimiento de las consecuencias de la pena...", pero aun así se desconoce cuál sería esa inconsistencia, habida cuenta que el casacionista se refiere unas veces a que la motivación no existió o, en otras, que no fue clara por no distinguirse entre la calidad de autora o cómplice en que actuó su representada, o que no fue suficiente, aspectos que sin duda concernía precisar porque no de otra manera sería posible establecer la supuesta transgresión a las mencionadas garantías.

Pero además plantea en el mismo reparo el impugnante cuestionamientos que hacen relación a la errada calificación jurídica, al parecer por encontrarse en desacuerdo con que los funcionarios de instancia hayan encontrado satisfechas las exigencias para atribuirle la calidad de autor, en lugar de la de cómplice en el homicidio.

Así, el censor no sólo se abstuvo de precisar el tipo de irregularidad invocada, sino que además en parte alguna acreditó su existencia y mucho menos su trascendencia.

Lo anterior por cuanto la censura planteada por ausencia de motivación no pasa de un simple comentario general y de la intención del libelista de cuestionar la valoración probatoria realizada por los funcionarios de instancia, que denota un claro alejamiento de la técnica decantada tras largos años por la Corte Suprema de Justicia, a la cual no escapa la causal segunda de casación, así respecto de ella se admita cierta

libertad en su proposición y desarrollo, por cuanto es obligado atender los principios que gobiernan la materia de nulidades, como son los de taxatividad, prioridad, convalidación, instrumentalidad de las formas, trascendencia y residualidad.

Por ello, corresponde al demandante demostrar que la irregularidad cometida durante el trámite del proceso e inadvertida en el fallo, incide de tal manera que para remediarla no queda ninguna alternativa distinta a invalidar las diligencias, es decir, debe demostrar la trascendencia directa del error en el fallo y que de no haberse consolidado, el desarrollo de la actuación como probabilidad habría podido ser otro y distinta la decisión adoptada.

Este ejercicio está ausente en el discurso del casacionista y simplemente considera que se equivocaron los funcionarios cuando omitieron atribuir a su representada responsabilidad a título de cómplice.

Aducir la ausencia de motivación con la simple excusa del convencimiento personal de que otro era el mérito que del elemento probatorio se desprendía, como lo intenta infructuosamente el actor, es conectar prácticas propias de la instancia proscritas en el ámbito casacional, en cuanto sólo responden a una subjetiva y personal apreciación de las pruebas, de modo que se impone negar toda vocación de prosperidad a los cargos, por evidentes yerros técnicos y carencia de fundamentación válida.

Si por el contrario, la intención del libelista era la de discutir la calificación de los hechos, debió tener en cuenta que si bien la consecuencia de tal eventualidad puede ser la nulidad de lo actuado, el desarrollo argumental reclama acudir a la vía directa de violación de la ley o a la indirecta de errores de hecho o de derecho, pues, es necesario demostrar que a ello se llegó por el camino de inaplicar o aplicar indebidamente la norma sustancial que rige el caso, o por el sendero de errar en el examen probatorio.

Este derrotero, ampliamente señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, no es cumplido por el defensor de la procesada Giraldo Montilla, quien omite especificar la manera como el Tribunal llegó a incurrir en la errada calificación de la conducta imputada, pues no es expreso en indicar si fue directamente a consecuencia de no haber acertado en la selección, aplicación o interpretación de determinado precepto sustancial, o por la vía indirecta a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, ninguna de cuyas hipótesis concreta, y que la Corte no puede suponer sin transgredir el principio de limitación que gobierna su actuación.

Tan precaria es la forma de abordar el tema por el defensor, que se limita a sostener que desde los albores de la investigación se omitió hacer referencia alguna a la forma de participación, dejando de lado el análisis probatorio realizado por los juzgadores de instancia y el examen de las normas jurídicas aplicadas, aspectos con fundamento en los cuales concluyeron que la acusada es responsable del mencionado punible en calidad de coautora.

No puede admitirse, entonces, adecuada sustentación del cargo la controversia que el demandante quiere plantear a partir de manifestar su inconformidad con lo decidido en las instancias, en cuanto es obvio que la propuesta casacional no se refiere a que los falladores hubieren incurrido en yerro alguno, sino a que no comparte el demandante la determinación adoptada.

Basta observar la motivación que contiene el fallo de segundo grado en punto de la materialidad del delito y la responsabilidad atribuida a la acusada, para verificar que la decisión no viene signada porque se desconozca su grado de participación en los hechos, eventualidad que fue debidamente acreditada por los funcionarios de instancia una vez contrastadas las diferentes pruebas obrantes en la actuación, sin que

la distinta visión del contexto dentro del cual se ubica la participación de Giraldo Montilla implique el error presentado como rótulo del cargo, y, por tanto, queda sin piso su alegación de nulidad por errónea calificación jurídica de la conducta imputada a su asistida, pues es lo cierto que contrario a la particular apreciación del recurrente, ésta no sólo tenía claros los propósitos perseguidos por la acción ejecutada, sino que realizó contribuciones importantes al plan común propuesto con división de funciones, lo cual la ubica como coautora del homicidio, según acertadamente se calificó su conducta por los juzgadores de instancia, en tanto que, ha sido visto, de comienzo a fin concurrió a la efectiva realización del punible por el que es procesada.

En este sentido, ha de reiterar la Sala que, contrario al planteamiento del recurrente quien pretende que se descarte la coautoría de su representada en el homicidio sólo porque no intervino directa y materialmente en la ejecución del disparo que acabó con la vida de Teddy Leonardo Schmalbach Barraza, los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente con la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común.

Este precisamente fue el criterio de los funcionarios de Instancia, al precisar el Juez a quo, que "...Es cierto que la joven HELLEN GISET GIRALDO MONTILLA, no es quien dispara el arma de fuego, pero a efectos de atribuirle la conducta a título de coautora no es necesario que haya accionado directamente el arma de fuego, pues encaja su accionar en lo que se ha denominado coautoría material impropia, y ella acompañó a la persona que

disparó desde mucho antes que se consumara el homicidio, como que llega con la persona que dispara el arma de fuego desde las diez y media de la noche, esperan a la víctima que llega mucho después, y en el establecimiento estaban ubicados en mesas contiguas, cuando llegan se observa que la mujer expresa alegría cuando llega el grupo en el que estaba la víctima, y rauda se dirige hacia su mesa donde estaba la persona que finalmente dispararía el arma de fuego sobre la humanidad de la víctima, sale con él, es ella quien busca el taxi y se regresa a recoger a esa persona que disparó, y es ella quien lo saca del lugar, son labores propias de autor, y no de mero cómplice. Su participación coadyuvó a la conducta desde el punto de vista subjetivo, en cuanto le dio mayor valor a su acompañante, sin ella el hombre nunca hubiera podido cometer el homicidio en ese lugar, como que sólo se permite el ingreso de parejas, hombre y mujer, como lo dijo uno de los testigos, y aún si ello no hubiere sido así, esa persona sólo en el lugar durante tanto tiempo hubiese llamado mucho la atención hacia él...".

Adicionalmente, no sobra resaltar que el aspecto específico a que se refiere el casacionista, esto es la errada calificación jurídica de la conducta, no fue objeto del recurso de apelación, razón suficiente para que el Juez Colegiado no se pronunciara sobre el tema debido a que no se le propuso, y por consiguiente no podría asegurarse que incurrió en algún desatino, porque su competencia es funcional y, en razón de ello, se limita a decidir los aspectos planteados por el recurrente.

Entonces ante la defectuosa formulación del cargo y la sinrazón de éste, no cabe más alternativa que su inadmisión, por cuanto en sede de casación no basta solamente con invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que además compete al demandante precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y, acaso lo más importante, demostrar la trascendencia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado.

Causal Tercera (Primer Cargo)

Como quiera que la censura se orienta a denunciar el "...manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia...", no sobra recordar que dicho tipo de desacierto corresponde a la forma indirecta de violación de las disposiciones de derecho sustancial, que se configura cuando el sentenciador incurre en errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física, yerros que pueden ser de hecho o de derecho.

Invoca el libelista la estructuración de errores de derecho, que como es sabido, implican la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne (falso juicio de legalidad),

De igual manera, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción).

En esta oportunidad, el casacionista censura que los juzgadores de instancia hubieren incurrido en error de derecho por falso juicio de convicción, por haber otorgado eficacia demostrativa a tres reconocimientos fotográficos en que se señala a Hellen Gisset Giraldo Montilla como una de las personas que intervino en el delito de homicidio materia de investigación y juzgamiento, pese a que no se realizó el respectivo reconocimiento en fila de personas, según lo ordena el artículo 252, inciso último, de la mencionada normatividad.

El error de derecho por falso juicio de convicción, ya se anunció anteriormente, se produce cuando se aprecia una prueba contraviniendo el predeterminado mérito que le fija la ley. Para demostrarlo el actor debe identificar el medio de convicción afectado por el yerro, precisar la preceptiva legal que le asigna un específico valor, determinar la trascendencia que tuvo la incorrecta apreciación en la decisión impugnada lo cual conlleva la necesidad de demostrar que el fallo atacado no se mantiene con otros elementos de juicio y, adicionalmente, le corresponde establecer la forma como se violó la ley sustancial con el defecto de apreciación, bien por falta de aplicación o por aplicación indebida de una norma de derecho sustancial.

Es evidente que los reconocimientos fotográficos en que se funda la alegación del casacionista efectivamente fueron valorados por los juzgadores de instancia, pero en manera alguna es dable admitir que los mismos tengan asignada una tarifa específica, según se sugiere en la demanda.

Lo anterior por cuanto si bien el artículo 252 de la Ley 906 de 2004 establece determinadas exigencias para la realización de esta diligencia y regula el procedimiento que se ha de seguir para el efecto, ello no implica como contrapartida que el juzgador deba concederle un valor probatorio específico, sino que por el contrario ha de apreciar dicho elemento de juicio de manera articulada o en conjunto con las demás pruebas, según lo previsto en el artículo 380 de la mencionada normatividad procesal penal.

Ciertamente las diligencias de reconocimiento fotográfico y en fila de personas aparecen reguladas en los artículos 252 y 253 de la ley 906 de 2004, por tratarse de uno de los métodos legalmente establecidos para identificar los autores o partícipes de una conducta materia de investigación por la Fiscalía en los casos en que no se tiene certeza de quién o quiénes son exactamente esos imputados.

Tampoco ofrece incertidumbre el hecho relativo a que, según estas disposiciones, en los eventos en que no se tiene certeza sobre la identidad del autor de un determinado comportamiento, el solo reconocimiento fotográfico no resulta suficiente para dotar de eficacia demostrativa el señalamiento realizado ante los investigadores por la víctima o el testigo, motivo por el cual es indispensable que durante la fase de investigación se practique la diligencia de reconocimiento en fila de personas "...en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado...", como condición para confirmar la identificación fotográfica llevada a cabo.

Sin embargo, el alcance que ha de otorgarse a los aludidos preceptos, debe consolidarse en su real dimensión, pues en manera alguna el condicionamiento en cuestión implica que en todas las oportunidades sea obligatorio practicar ambas diligencias, esto es el reconocimiento fotográfico y el reconocimiento en rueda de personas, toda vez que en esta materia también operan los criterios de razonabilidad, conducencia, pertinencia y utilidad de la actividad investigativa.

Así lo ha expresado la Sala en anteriores oportunidades, al puntualizar específicamente que:

"...No está indicando la ley, no sobra advertirlo, que en todos los eventos de investigación criminal resulte obligatorio practicar ambas diligencias, el reconocimiento fotográfico y el reconocimiento en rueda de personas, ya que en tal aspecto también operan los criterios de razonabilidad, conducencia, pertinencia y utilidad de la actividad investigativa; de otro modo no tendría sentido que la ley radique en cabeza del fiscal la elaboración de un programa metodológico en la labor de investigación.

En este sentido cabe resaltar que si el autor del comportamiento criminal ha sido sorprendido o aprehendido en situación de flagrancia, o la identificación ha sido suficientemente realizada a través de alguno o varios de los otros métodos autorizados por

la ley (art. 251), o se trata de una persona conocida por la víctima o por un testigo presencial, o el indiciado o imputado ha admitido su responsabilidad en el hecho, o de manera casual o fortuita sea la víctima o sea el testigo presencial quienes se encuentran con el autor o autores del hecho delictivo investigado, resulta evidente que en dichos eventos, esto es, en los que no hay dudas sobre la identidad del indiciado, obviamente la identificación se entiende lograda, de modo que en tales hipótesis la diligencia de reconocimiento fotográfico o en fila de personas, según el caso, resultan superfluas..." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Rad. No. 26276).

Confrontado el alcance y la manera como se debe perfilar la denuncia de un falso juicio de convicción con el reproche ensayado por el demandante, sin dificultad se advierte que esta modalidad de error de derecho no era posible que fuera invocada por el actor, pues con claridad se observa que simplemente persigue cuestionar el poder suasorio, esto es, el convencimiento que despertó en el juzgador las diligencias de reconocimiento fotográfico.

Adicionalmente, no demostró el demandante la incidencia del yerro denunciado en la sentencia, finalidad que sólo podía alcanzar confrontando el conjunto de los elementos de persuasión en que se basa la sentencia impugnada con los estimados conforme lo fija la ley, en orden a evidenciar su influencia en la declaración de justicia contenida en el fallo atacado por vía del recurso de casación y acreditar que la prueba de cargo pese a su insularidad quedaba débil y carente de fuerza probatoria, ejercicio ausente en el discurso del casacionista, limitando su cuestionamiento a la mera enunciación.

El recurrente asume meramente una postura propia de un alegato de instancia, con el manifiesto propósito de restar mérito o fuerza probatoria a la versión de los testigos que incriminan a su defendida, doliéndose del grado de credibilidad que le otorgaron los juzgadores de instancia y así en esa forma opone su particular concepción probatoria a

la apreciación de la sentencia, con la pretensión de hacerla valer por encima de la efectuada por el juzgador, olvidando que ese tipo de discrepancias no resultan viables en sede de casación, dada la doble presunción de acierto y legalidad de que está revestido el fallo de segundo grado, a cuyo tenor el criterio apreciativo del Tribunal prevalece sobre el del recurrente, a menos de demostrarse mediante la fundamentación propia del ataque seleccionado la configuración de algún yerro trascendente, lo cual no acontece en el presente evento.

Desde esta perspectiva, el cargo será inadmitido no sólo por la evidente ausencia de claridad y precisión de su planteamiento y desarrollo, sino además porque el censor no ofreció ninguna razón que justifique la finalidad perseguida, a la luz del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, y porque del contexto argumentativo que presenta la impugnación se advierte con claridad que no se precisa de la intervención de la Sala de Casación para hacer efectivo el derecho material que persigue el libelista.

Causal Tercera (Segundo Cargo)

Denuncia en esta oportunidad el libelista la estructuración de un error de derecho por falso juicio de convicción, pues en su opinión la sentencia en contra de su representada se fundamentó exclusivamente en prueba de referencia, toda vez que los juzgadores de instancia otorgaron valor probatorio a las declaraciones de Darwin Rafael Molina, Heberto David Arrieta y Miguel Ángel Díaz, recogidas como entrevistas por funcionarios de policía judicial e introducidas por ellos mismos al juicio oral, con lo cual se vulneró el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Concretada en tales términos la censura, es claro que no está llamada a prosperar, toda vez que el censor parte de supuestos errados y concepciones que no se avienen a la naturaleza del reproche propuesto.

Lo anterior en cuanto, según lo tiene decantado la Corte en criterio que constituye línea jurisprudencial pacífica por haber sido reiterado en varias oportunidades “...la prueba de referencia es toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio...”¹, concepto al que en manera alguna se amoldan los testimonios que el censor cuestiona de Darwin Rafael Molina, Heberto David Arrieta y Miguel Ángel Díaz, por la sencilla razón que estas personas concurrieron al juicio oral y sus declaraciones fueron escuchadas y controvertidas en tal escenario.

Ahora bien, si la intención del casacionista es cuestionar la valoración efectuada por los juzgadores de instancia a las entrevistas rendidas por Darwin Rafael Molina, Heberto David Arrieta y Miguel Ángel Díaz, y que fueran introducidas al juicio oral oportuna y legalmente, se trata igualmente de un aspecto claramente definido por la Corte, al expresar que:

“...Aunque conforme al último inciso del artículo 347 de la Ley 906 de 2004, la información contenida en las entrevistas o declaraciones juradas no puede tenerse como prueba, se trata de una prohibición hecha por el legislador bajo el supuesto de que sobre ellas no hayan ejecutado las partes el derecho de contrainterrogar. Pero si lo han ejercido, las manifestaciones anteriores utilizadas para la impugnación de credibilidad se integran al testimonio junto con las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción. Así quedan satisfechos, respecto al contenido de la exposición anterior, los principios de inmediación, publicidad y contradicción, pudiendo en tales condiciones valorar el Juez la integridad de lo dicho.

Lo declarado en el juicio oral -entonces- con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones

aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

El criterio de la Corte antes sintetizado, reafirmado en la sentencia de casación del 8 de noviembre de 2007 (radicación 26411) y más recientemente en el auto de casación del 20 de mayo de 2009 (radicación 31127), guarda perfecta correspondencia con la solución legal y jurisprudencial dada al problema en Puerto Rico y los Estados Unidos.

El profesor Ernesto Chiesa, efectivamente, al examinar el tema escribe:

“La admisibilidad de cualquier declaración anterior del testigo como prueba sustantiva, tanto bajo la regla federal como bajo la Regla 63 de Puerto Rico, supone que el testigo en corte esté sujeto a contrainterrogatorio en relación con la declaración anterior. Si se trata de evidencia sustantiva contra un acusado, esto es imperativo del derecho constitucional a confrontación. El testigo debe estar sujeto a contrainterrogatorio no sólo sobre lo declarado en directo en el juicio, sino también sobre la declaración anterior y las circunstancias en que se hizo”.

“Más adelante el tratadista, luego de referirse al caso Estados Unidos contra Owens, expresa:

“Tras Owens, si el testigo admite haber hecho la declaración y contesta preguntas sobre las circunstancias bajo las cuales se produjo la declaración anterior, ésta es admisible independientemente de que el testigo testifique que la declaración anterior es verdadera, falsa o no recuerda sobre los hechos”.

Igualmente en decisión de agosto 10 de 2010, Rad. 34258 se reiteró y afirmó que “Para la Sala es claro que la contemplación de prueba testimonial no tiene un referente exclusivo, único y excluyente, circunscrito a la actitud del testigo

(fuente primaria del conocimiento de los hechos) en la audiencia de juicio oral y público.

“En síntesis: No es regla del pensamiento judicial penal (tarifa probatoria negativa) predicar que si el testigo que ayer imputó ante el órgano de investigación y hoy se retracta o nada contesta en el juicio, por esa razón le imprima un sentido absolutorio a la sentencia. Dicho de otra manera, el juez tiene el deber constitucional y legal de apreciar las pruebas válidamente aducidas al proceso y fallar en justicia, de conformidad con el sistema de persuasión racional con apoyo en los medios probatorios con los que cuenta el proceso.

“Es factible apreciar la credibilidad del dicho del renuente a partir del diálogo que ofreció durante el proceso desde el momento del recaudo del elemento material probatorio y evidencia física legalmente aceptado en el juicio (art. 275 ib.); es viable apreciar la versión (incluso la actitud pasiva del testigo en la audiencia de juicio oral y público) y confrontarla con aquella que rindió ante el órgano de indagación e investigación para hacer inferencias absolutamente válidas, puesto que se trata en síntesis de apreciar un medio de conocimiento legítimo, de cara a los criterios de apreciación de cada prueba en concreto (testimonial, documental, etc.).

“Por ello, el concepto de prueba testimonial como medio del conocimiento no es de cobertura restrictiva; no se puede entender cómo, si el testigo directo, en la audiencia del juicio oral se retracta o guarda silencio, entonces de nada valen las imputaciones que hizo ante el órgano de investigación o de indagación, las evidencias que suministró y que fueron aportadas legítimamente por el testigo de acreditación que también declara en el proceso.

“La esencia del proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal..., se trata de hacer

justicia material en cada caso.

“Es palmario que si ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en la audiencia de juicio oral y público dijo otra (u optó por no responder absolutamente nada –aquí algún testigo tuvo esa actitud), el testimonio como evidencia del juicio que es, articulado con la evidencia que se suministre al proceso (entrevista, documento, acta, reconocimiento, video, etc.), y con el dicho del órgano de investigación e indagación (Policía Judicial, experto técnico o científico, testigo acreditado, etc.), ofrecen de hecho un diálogo a partir del cual es legítimo hacer inferencias probatorias a la luz de la contemplación material de la prueba testimonial, documental, etc.. ¡Esa es la esencia del papel del juez!.

“Hay eventos de múltiples sesiones en las que el testigo afirma una cosa en una sesión y en otra se retracta, se olvida, se torna escurridizo, etc.; una versión puede tener más de un referente, la que ofreció el entrevistado ante un órgano de indagación e investigación es una de ellas.

“La máxima virtud del buen juez es la apreciación correcta de la prueba para proferir una decisión que sea expresión adecuada de la justicia material.

“Si la persona que representa al órgano de indagación e investigación se acredita como testigo y aporta evidencias legalmente suministradas por la fuente primaria del conocimiento, acude al juicio oral y rinde una versión coherente, seria, demostrable de los hechos objeto del proceso penal, su aporte tiene la validez de la prueba en el juicio porque es un testigo de oídas.

“El proceso penal es y sigue siendo un proceso dialógico y la esencia del papel del juez radica en auscultar la credibilidad de todos los medios de conocimiento legalmente establecidos (pruebas directas, documentos, testimonios directos e indirectos, videos, cintas magnetofónicas, pruebas de referencia, inferencias lógicas, etc.) todo ello

dentro del marco de la Constitución, la ley y el respeto de los derechos fundamentales.

“Por ello, la Sala expresa su criterio en el sentido de que las pruebas legalmente aducidas a la audiencia del juicio oral y público por el representante del Órgano de Indagación e Investigación a través de testigos de acreditación, después de aportadas legítimamente y puestas a la orden de la controversia, son pruebas del proceso y por consiguiente apreciables según los criterios de cada medio de convicción, tanto como el testimonio de persona renuente, cuya contemplación material es susceptible de conjurarse con la versión que suministre el testigo de acreditación...”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 21 de noviembre de 2009, Rad. 31001).

En el asunto sometido a consideración de la Sala, ninguna incertidumbre se presenta respecto que las entrevistas rendidas por Darwin Rafael Molina, Heberto David Arrieta y Miguel Ángel Díaz ante funcionarios de Policía Judicial, fueron introducidas al juicio a través de cada uno de los declarantes, al igual que aconteció con los respectivos reconocimientos fotográficos, que fueron ingresados a la actuación en el curso del juicio oral por quienes realizaron el señalamiento.

Concretamente, en cuanto se relaciona con la entrevista y el reconocimiento fotográfico realizado por Darwin Rafael Molina, el acto procesal en mención aparece registrado del minuto 26:50 en adelante del audio correspondiente a la diligencia de juicio oral verificada el 16 de junio de 2011; mientras que la actuación cumplida por Heberto David Arrieta por fuera del juicio, fue incorporada según consta en el registro a partir del minuto 1:34 de la mencionada diligencia del 16 de junio de 2011. Por último, en cuanto se relaciona con las intervenciones de Miguel Ángel Díaz, fueron incorporadas al juicio oral a partir del minuto 10:35 del audio correspondiente a la diligencia verificada el 3 de agosto de 2011.

En esas condiciones y de conformidad con el precedente judicial, como aquellas personas escuchadas en entrevista concurrieron al juicio oral y rindieron testimonio ante el juez de la causa, oportunidad en que igualmente fueron contrainterrogados sobre las circunstancias en que conocieron los hechos e identificaron a la acusada como copartícipe en los hechos en que perdiera la vida Teddy Leonardo Schmalbach Barraza, la prueba deja de tener carácter de referencia para mudar en prueba directa, adquiriendo entonces la misma naturaleza del respectivo testimonio, motivo por el cual le era permitido a los juzgadores de instancia valorar integralmente las atestaciones de los deponentes en la forma en que en efecto lo hicieron y en ello no se aprecia por tanto el yerro denunciado.

Lo relevante entonces es que fueron testigos escuchados en la audiencia de juicio oral y por lo mismo excluido que sean de referencia, podían los juzgadores de instancia sustentar en ellos su decisión de condena, como finalmente lo hicieron, dándole en efecto el alcance otorgado.

Por lo expuesto, al no contener la demanda de casación el sustento conceptual, lógico y argumentativo propio de esta sede extraordinaria, será inadmitida.

Para concluir es necesario señalar que no se observa con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación violación de derechos o garantías de los procesados, para que tal circunstancia impusiera superar los defectos del libelo para decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Por último, es claro que de conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra el presente auto procede el mecanismo especial de insistencia, dentro de los términos y parámetros desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SP, 15 Dic. 2005, Rad. 24322; 28 Sep. 2011, Rad. 35724; 5 Sep. 2012, Rad. 36578; 17 Feb. 2013, Rad. 37948, entre otros).

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 Hellen Gisset Giraldo Montilla contra la sentencia del 15 de agosto de 2013 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que confirmó la condena emitida en su contra por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad como autora del punible de homicidio agravado, conforme a lo expuesto en precedencia.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, según lo indicado en la parte motiva de este auto.

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 Artículo 437 de la ley 906 de 2004.