

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada ponente

AP4082-2014

Radicación n° 43689

(Aprobado Acta No. 235)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de FREDDY TRUJILLO BORRERO contra la sentencia del 3 de febrero de 2014, a través de la cual el Tribunal Superior de Santiago de Cali, al revisar por vía de apelación el fallo absolutorio proferido el 1º de junio de 2012 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma sede, condenó al procesado a la pena principal de 35 años y 4 meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, como autor del delito de homicidio agravado, cometido en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.

HECHOS

Los resumieron los falladores de instancia en la siguiente forma:

“El 13 de enero de 2011, falleció el joven JUAN ALEJANDRO CALLEJAS YUSTE, víctima de impactos de proyectil producidos por arma de fuego, mientras se encontraba en la parte exterior de la vivienda ubicada en la diagonal 16 No. 17 A 186 del barrio ‘7 de agosto’, aproximadamente a las 8:00 de la noche.

“Como el autor de estos hechos, posteriormente, fue señalado FREDDY TRUJILLO BORRERO, alias ‘mellizo’...”.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 14 de octubre de 2011 el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali realizó audiencia preliminar, en cuyo desarrollo avaló la legalidad de la captura de FREDDY TRUJILLO BORRERO. En la misma diligencia, la Fiscalía formuló imputación al antes mencionado por los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. Acto seguido, el juez le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El 10 de enero del siguiente año la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de TRUJILLO BORRERO por los delitos considerados en la audiencia de formulación de imputación.
3. Realizadas las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral, el Juez Séptimo Penal del Circuito de Cali anunció el sentido del fallo, advirtiéndole que sería de carácter absolutorio.
4. El fallo anunciado se profirió el 1º de junio de 2012, contra el cual se alzó en apelación el ente acusador, por cuya vía lo revocó para, en su lugar, condenar al procesado en la forma y términos referidos en el acápite inicial de la presente decisión.
5. Atendido el sentido de la decisión de segunda instancia, la defensa acudió al

recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El impugnante formula cuatro cargos contra la sentencia de segunda instancia, los dos primeros al amparo de la causal tercera de casación de la Ley 906 de 2004, el tercero con sustento en la causal segunda de la misma disposición legal y el último con apoyo en la causal primera ibídem.

En el primer cargo acusa al Tribunal de incurrir en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho derivado de falso juicio de convicción que impidió dar aplicación al principio in dubio pro reo.

Sustenta el reproche cuestionando al juzgador por valorar en su integridad la entrevista rendida el 28 de junio de 2011 ante un investigador de la SIJÍN por Adriana Victoria Perafán Sánchez, pese a que sólo se introdujo un aparte mínimo de la misma a través del testimonio rendido por la aludida en la etapa del juicio, violando de esa manera los artículos 16, 347 y 379 de la Ley 906 de 2004, que fija una tarifa legal negativa, conforme lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Precisa el actor que el aparte de la mencionada entrevista incorporado al juicio es el siguiente: "... tenga cuidado que por aquí había pasado dos veces Freddy Trujillo alias El Mellizo en una motocicleta RX115 color carnauba, vestía una chaqueta café de cuero, pantalón color oscuro, con casco, el mellizo...". Ese segmento, añade, fue el único que el delegado de la Fiscalía utilizó a través de su lectura por la propia testigo, luego el contenido restante no puede ser tenido en cuenta por el juzgador.

En su criterio, ni en el fragmento leído de la entrevista ni en el testimonio rendido en el juicio oral, la declarante Adriana Victoria Perafán señaló como autor de los disparos mortales al procesado. Únicamente, dice, lo ubica antes de los hechos pasando

por frente de la casa, aun cuando por manifestación de sus hijos Juan David Riascos Perafán y José Ricardo Moreno Perafán. En consecuencia, concluye, no le resultaba viable al Tribunal predicar lo contrario, con base en los apartes de la entrevista no incorporados al juicio.

Considera el impugnante que si bien ese elemento probatorio no es el único basamento de la sentencia, sí es su fundamento esencial, y en eso estriba la trascendencia del yerro. Al respecto, estima que las restantes pruebas traídas al juicio, como son el propio testimonio de Adriana Victoria Perafán y el de los hijos de ésta, no son suficientes para soportar la condena, debido a la inconsistencia y perplejidad que denotan frente a si el acusado es el autor del homicidio.

Así, agrega, la primera de los mencionados jamás dijo haber visto a FREDDY TRUJILLO conducir la motocicleta cuando accionaba el arma de fuego contra la víctima. Por su parte, Juan David Riascos y José Ricardo Moreno Perafán, aun cuando inicialmente lo ubican como autor de los disparos, después empiezan a mostrar dudas y contradicciones en sus manifestaciones, al afirmar que el procesado es el primer sospechoso a raíz de unas desavenencias pasadas suscitadas entre éste y el occiso, pero además, conforme ocurre con el segundo de esos declarantes, al asegurar que, como el motociclista llevaba el casco puesto y solamente se le podía ver la nariz y hasta las cejas, lo reconoció apenas en un 90%.

De esa manera, solicita casar la sentencia impugnada para, en su lugar, impartir confirmación a la de primera instancia.

En el segundo cargo predica también la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, esta vez derivado de falso juicio de legalidad.

El sustento fáctico de este reproche es similar al expresado en el anterior, esto es, la incorporación solamente parcial al juicio oral de la entrevista rendida por Adriana

Victoria Perafán. Esa situación, en su sentir, impedía al Tribunal considerarla como prueba, en tanto su práctica ocurrió sin observancia de los principios de oralidad (art. 9º Ley 906 de 2004), inmediación (arts. 16 y 379 ibídem), publicidad (arts. 18 y 377 ejúsdem) y contradicción (arts. 8º, 15 y 378 de la misma codificación).

Según el actor, en cuanto el aparte no leído de la entrevista no fue hecho público en el juicio oral y, por ende, no existió oportunidad para controvertirlo, no puede tenerse como válidamente incorporada dicha entrevista al testimonio de la prenombrada, tornándose en una prueba ilegal. En consecuencia, añade, su estimación por el juzgador de segundo grado condujo a la aplicación indebida de los artículos 103, 104.7 y 365 del Código Penal y a la falta de aplicación de los artículos 7º del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución Política, referidos a la presunción de inocencia y al in dubio pro reo.

En similares términos al primer cargo el demandante sustenta la trascendencia del segundo, señalando entonces que la entrevista se erigió en basamento fundamental de la condena, sin que los demás medios probatorios incorporados a la actuación adquieran mérito suficiente para sostener el juicio de reproche.

Pide así casar la sentencia para dejar vigente la absolución dictada en primera instancia.

En el tercer cargo reclama la nulidad de la actuación por falta absoluta de motivación, vicio vulnerador del derecho de defensa y del debido proceso.

En su sentir, la falta de motivación ocurrió respecto de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, referida a la comisión del homicidio bajo el aprovechamiento del estado de indefensión, en cuanto para su deducción el Tribunal no ofreció las razones de orden jurídico y probatorio en que se sustenta la misma y ni siquiera enunció los medios de prueba.

En síntesis, para el demandante, la sentencia impugnada no permite “entender cuál fue el elemento probatorio en que basa su reconocimiento, cuál el alcance y eficacia probatoria que el mismo se brinda y cuál el entendimiento jurídico que a la institución de la indefensión igualmente le da y brinda cabida”.

Considera trascendente el yerro, pues la falta de argumentos del fallador le impide a la defensa atacar la aplicación de la referida circunstancia de agravación, máxime cuando la Fiscalía solamente en las alegaciones finales explicó el fundamento de su atribución, al señalar, en todo caso sin argumentación fáctica y jurídica, que el aprovechamiento del estado de indefensión ocurrió porque el homicida disparó su arma cuando la víctima estaba indefensa en el piso, razón diferente a la expresada por el Tribunal, quien asevera que la agresión sucedió por la espalda.

Según el actor, de otra parte, en este caso la indefensión se derrumba, por cuanto si, como se ha dicho, el victimario antes de disparar llamó al agredido por su apodo, significa ello que no lo sorprendió indefenso, pues “casi le advierte que dé la cara”. Por lo demás, añade, de acuerdo con lo dicho, Juan Alejandro Callejas estaba advertido, previamente a los hechos, sobre la presencia maliciosa y sospechosa de sujetos que se movilizaban en moto por el sector, razón por la cual se encontraba asustado, todo lo cual, reitera, echaría abajo la situación de indefensión, aun cuando estima que no le es dable atacar el eventual soporte probatorio y jurídico de la circunstancia de agravación por no conocer los argumentos del Tribunal para su deducción.

Insistiendo en que el ad quem dedujo la mencionada causal de agravación sin motivación alguna, solicita casar la sentencia impugnada para decretar la nulidad a partir de esa decisión, a fin de que el Tribunal proceda a subsanar el vicio detectado.

En el cuarto cargo denuncia la violación directa de la ley sustancial por falta

de aplicación del artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 38 de la Ley 1142 de 2007 y, consecuentemente, por la aplicación indebida del artículo 19 de la Ley 1453 de 2011.

Lo anterior, sostiene, porque el juzgador tasó la pena con base en la última disposición en cita, pese a que la misma empezó a regir desde el 24 de junio de ese año, es decir, con posterioridad a los hechos, cuando lo procedente era fijar la sanción, por favorabilidad, con base en las normas dejadas de aplicar.

Pide, en consecuencia, casar la sentencia impugnada y proceder a redosificar la pena impuesta.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El estatuto procesal penal expedido mediante la Ley 906 de 2004, conforme ocurre con el previsto en la Ley 600 de 2000, también exige, como condición para la admisión de la demanda de casación, la satisfacción de exigencias de lógica y adecuada argumentación, cuyo fin es permitirle a la Corte, a partir de la coherencia y precisión conceptual del libelo, establecer sin dificultad cuál es el error atribuido al sentenciador, causante de la violación de la Constitución o la ley o la afectación de las garantías fundamentales de las partes.

Esos presupuestos de sustentación, acorde con lo establecido en los artículos 183 y 184, inciso segundo de la precitada Ley 906 de 2004, giran en torno a la correcta selección de la causal invocada y al adecuado desarrollo de los cargos formulados a la sentencia atacada, para lo cual se requiere que cada reproche se sustente de manera separada y que las razones aducidas se correspondan con el yerro denunciado, sin que sea dable entonces incluir en una misma censura conceptos que se opongan entre sí ni incurrir en inconsistencias de argumentación, pues ello atentaría contra los principios de no

contradicción y autonomía que son inherentes al recurso extraordinario de casación.

Además, en la estructuración de las censuras al demandante le es imperioso respetar el principio de corrección material, conforme al cual las razones, fundamentos y contenido del ataque deben corresponder en un todo con la realidad procesal (Cfr. CSJ AP, 2 de mayo de 2012, Rad. 26846).

Pues bien, la Sala examinará a continuación si la demanda instaurada por el defensor de FREDDY TRUJILLO BORRERO reúne o no los presupuestos de lógica y debida sustentación, empezando por los dos primeros cargos, que se analizarán conjuntamente, atendiendo la identidad de sus fundamentos fácticos.

CARGOS PRIMERO Y SEGUNDO. Violación indirecta:

En estos reproches el actor acusa al Tribunal de incurrir en error de derecho por falsos juicios de convicción y legalidad, por cuanto tuvo como prueba la totalidad de la entrevista rendida por Adriana Victoria Perafán Sánchez, pese a que solamente una parte mínima de la misma se introdujo al juicio oral al ser leída por la aludida durante el testimonio que rindió en esa fase procesal.

Como lo tiene precisado la jurisprudencia de esta Corporación, el falso juicio de convicción se presenta cuando el sentenciador niega a la prueba el valor que la ley le atribuye, o le asigna uno distinto al que el mismo legislador le otorga.

Para su demostración al impugnante le compete acreditar que el juez sustentó la sentencia con desconocimiento de las normas que tasan el valor y eficacia de los elementos de prueba, identificar los preceptos desatendidos y demostrar las implicaciones del yerro en el sentido de la decisión.

Por su parte, el falso juicio de legalidad se estructura cuando el fallador asigna

validez a un medio de prueba, a pesar de que en su producción y aducción se desconocen las reglas establecidas en la ley para el efecto, y también cuando el juzgador deja de apreciar algún elemento de convicción, por considerar erróneamente que en su recaudo se desatendieron dichas reglas.

Para su demostración, al libelista le corresponde identificar claramente la prueba indebidamente apreciada, señalar las normas medio que regulan su formación, acreditar que la prueba fue excluida debiendo ser apreciada o que fue apreciada debiendo ser excluida, y demostrar las implicaciones del error en las conclusiones probatorias.

La controversia planteada por el demandante consiste en señalar que el actor consideró como prueba directa la totalidad de la entrevista rendida por la señora Adriana Victoria Perafán, a pesar de que gran parte de lo dicho por ella en esa diligencia corresponde a prueba de referencia.

En esas condiciones, es claro que el sendero correcto para postular la discusión casacional lo era a través del falso juicio de convicción, como se hizo en el primer cargo, pues se habría dado a la entrevista un valor distinto al que por ley le corresponde, según así lo establece el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 (Cfr. CSJ AP, 15 de may. de 2013, rad. 40619). Siendo así la situación, la vía escogida en la segunda censura se muestra per se incorrecta.

Sea como fuere, tampoco hay lugar a admitir ese primer reproche, pues el libelista no satisfizo la totalidad de la carga argumentativa arriba mencionada. Ello, por cuanto dejó de acreditar la trascendencia del yerro aducido, si se tiene en cuenta que omitió rebatir, a través de la técnica casacional, los demás elementos de prueba con los cuales el ad quem sustentó la condena.

Lo anterior porque si bien sostiene que los testigos Juan David Riascos y José Ricardo Moreno Perafán no ofrecen credibilidad cuando señalan al procesado de ser

el autor de los disparos, en virtud de las dudas y contradicciones que se evidencian en sus manifestaciones, lo cierto es que se trata de la particular opinión expresada por el censor, que opone al mérito persuasivo asignado por el juzgador a dichos medios de convicción.

De esa manera, sin duda, pretende el actor hacer prevalecer su personal criterio, con lo cual olvida que ese tipo de controversias probatorias no resultan pertinentes en sede de casación, dada la doble presunción de acierto y legalidad de que está revestida la sentencia impugnada, en cuya virtud las conclusiones de ese orden del fallador predominan sobre las de los sujetos procesales, salvo la demostración de un yerro casacional, exigencia omitida en este caso en lo relativo a los testimonios de Juan David Riascos y José Ricardo Moreno Perafán, que por sí solos sostienen el fallo condenatorio.

Baste lo dicho para inadmitir, como lo hará la Sala, los cargos primero y segundo.

CARGO TERCERO. Nulidad por falta de motivación:

La irregularidad, según el casacionista, ocurrió respecto de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, referida a la comisión del homicidio bajo el aprovechamiento del estado de indefensión, en cuanto para su deducción el Tribunal no ofreció las razones de orden jurídico y probatorio en que se sustenta la misma.

A este respecto, pertinente es recordar el criterio de la Sala acorde con el cual las censuras sustentadas en el mencionado motivo de casación deben contener, como mínimo, la identificación de la irregularidad, la expresión clara de sus fundamentos, el señalamiento de si se trata de un vicio de estructura o garantía, la indicación de la norma o normas violadas, la mención del momento procesal en donde se presentó la anomalía y de las actuaciones afectadas con la misma, así como motivar su trascendencia y demostrar a la Corte que la nulidad se erige como el remedio único y extremo para

enmendar la incorrección procesal, surgiendo así indispensable el fallo de casación.

La Corte, igualmente, ha sido reiterativa en referir que cuando se aduce la existencia de nulidad por falta de motivación, al demandante le corresponde demostrar la presencia de uno cualquiera de los siguientes vicios: (i) que el fallo carece totalmente de motivación; (ii) que siendo motivado, es dilógico o ambivalente; (iii) que su motivación es incompleta; o (iv) que la motivación es aparente o sofística¹.

En este caso el censor atribuye al fallador de segundo grado incurrir en falta absoluta o total de motivación. Sin embargo, en la postulación casacional advierte la Sala la violación del principio de corrección material, pues no es cierto que el Tribunal no haya ofrecido ningún tipo de fundamento para deducir la circunstancia de agravación en mención.

Para efectuar tal afirmación el actor se limita a transcribir un corto fragmento del fallo, pasando por alto que la motivación de una decisión está conformada por la parte considerativa de la misma, y que las razones por las cuales se asume una u otra posición bien pueden encontrarse esparcidas a lo largo de dicho segmento motivacional. Y en ese sentido, se advierte que el ad quem en varias ocasiones se refirió, tomando como base los testimonios recaudados en el proceso, entre ellos, los ofrecidos por los hermanos Juan David Riascos y José Ricardo Moreno Perafán, acerca de las circunstancias en que el procesado disparó sobre la humanidad del hoy occiso, y es así como inicialmente señaló:

“... la persona a la que vieron merodear esa noche antes de la muerte de Koala, fue el mellizo quien se transportaba en una motocicleta RX 115 carnauba y que fue éste luego de un momento el que se subió al andén de la vivienda en donde se encontraba conversando con su novia y su suegra y disparó un arma de fuego contra la humanidad de aquel...”² (subraya la Corte).

Y después razonó en los siguientes términos sobre el mismo punto:

“De las pruebas antes reseñadas se puede llegar a concluir que la muerte de JOSÉ ALEJANDRO CALLEJAS YUSTE, alias “Koala”, tuvo lugar siendo aproximadamente las 8:00 de la noche del 13 de enero de 2011, cuando éste se encontraba en la parte externa de la vivienda ubicada en la diagonal 16 No. 71 A - 186 del barrio Siete de Agosto, conversando tras una ventana con VALERIA RIASCOS PERAFÁN -futura madre de su hijo- y la señora ADRIANA VICTORIA PERAFÁN SÁNCHEZ, momentos en los que, luego de merodear por el lugar, se aproxima FREDDY TRUJILLO BORRERO, alias “El Mellizo” en la motocicleta RX 115 color carnauba, la sube al andén y empieza a disparar contra la humanidad de “Koala”, quien recibe en total 4 impactos de proyectil de arma de fuego que le ocasionaron su deceso, tal como se desprende de la necropsia médico legal que fuera objeto de estipulación”³ (las subrayas son también de la Corte).

Ese análisis probatorio fue el que le permitió al Tribunal concluir en lo siguiente:

“Es decir la muerte del señor LUIS ALEJANDRO CALLEJAS YUSTE, efectivamente se vislumbra bajo la circunstancia de indefensión, pues el acusado FREDDY TRUJILLO BORRERO, alias “El Mellizo”, aprovechó que éste se encontraba de espaldas conversando con la futura madre de su hijo y su suegra para emprender su acción homicida y además que para la misma se valió de un arma de fuego...”⁴.

Vista así la situación, encuentra la Corte que, en realidad, la inconformidad del actor con el fallo surge no por presentar defecto de motivación, sino porque no comparte los razonamientos probatorios con los cuales se sustentó la condena.

Al respecto, es necesario traer a colación el criterio de esta Corporación acorde con el cual no es lo mismo que una providencia judicial adolezca de defectos de motivación, por ausencia absoluta o parcial de las razones de orden probatorio y jurídico que soportan

la decisión, a que la argumentación traída por el fallador no cumpla con las expectativas del sujeto procesal, quien la tilda de inadecuada, desacertada o insuficiente en su fundamentación fáctica, jurídica o probatoria.

Sólo en la primera hipótesis el error será susceptible de ser atacado dentro del marco de la causal tercera, mientras que en el segundo el error es de juicio, caso en el cual debe ser ventilado en el ámbito de las causales primera y tercera, demostrando los errores de fundamentación fáctica, jurídica o probatoria que llevan a tildarla de inadecuada, desacertada o insuficiente⁵.

Es claro así, se insiste, que el desacuerdo del impugnante recae sobre la apreciación probatoria del juzgador, en cuanto rebate la concurrencia de la circunstancia de agravación sobre la base de afirmar que el homicida llamó previamente a la víctima por su apodo y, en todo caso, porque ésta sabía de la presencia maliciosa y sospechosa de sujetos motorizados por el sector, por lo cual estaba advertido del peligro. Un ataque casacional de esa naturaleza, ciertamente, le correspondía postularlo por vía diferente, según se precisó en precedencia.

Es de anotar que el actor también insinúa que durante la tramitación del juzgamiento la Fiscalía tampoco, con excepción del alegato final, ofreció las razones fácticas y jurídicas que sustentaban la atribución de la circunstancia de agravación. Sin embargo, se limitó a enunciar la anomalía sin acreditarla y sin fundamentar su trascendencia, explicando la forma como esa situación impidió el adecuado ejercicio del derecho de contradicción durante las etapas previas a la sentencia.

El tercer cargo, por tanto, también se inadmitirá.

CARGO CUARTO. Violación directa:

Esta censura, por satisfacer los requisitos de adecuada y lógica sustentación

exigidos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia, la Sala la admitirá.

Se precisará, finalmente, que contra la decisión inadmisoria del recurso de casación sólo cabe el mecanismo de insistencia, conforme lo tiene establecido el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuya interposición procede bajo las reglas fijadas en jurisprudencia reiterada de la Sala6.

En lo referente al cargo que se admitirá, se ordenará que una vez se surta el trámite relacionado con el mecanismo de insistencia, se fijará fecha para la realización de la respectiva audiencia de sustentación oral.

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

RESUELVE

1. INADMITIR los tres primeros cargos de la demanda de casación interpuesta por el defensor de FREDDY TRUJILLO BORRERO, de acuerdo con las razones expuestas en la anterior motivación.

Según lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad de la demandante elevar petición de insistencia.

2. ADMITIR el cuarto cargo del mencionado libelo de casación.

Una vez se surta el trámite relacionado con el mecanismo de insistencia, se fijará fecha para la realización de la respectiva audiencia de sustentación oral.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

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 Sentencia del 18 de julio de 2007, radicación 26255.

2 Páginas 45 y 46 del fallo de segundo grado.

3 Páginas 50 y 51 ídem.

4 Página 51 ídem.

5 Cfr. Auto del 28 de febrero de 2006, radicación 24783.

6 Providencia del 12 de diciembre de 2005, radicación 24322.