

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP4096-2016

Radicación No. 47725

(Aprobado acta No. 194)

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora del acusado DANNY ANDRÉS CASTRO OTÁLORA.

ANTECEDENTES

1.- Los hechos fueron reseñados por el Tribunal de la manera siguiente:

“...De conformidad con lo demostrado en el juicio oral, en horas de la noche del 13 de enero de 2011 en la carrera 37 con calle 46 de esta Ciudad, el señor CRISTHIAN IBARRA OCAMPO, quien caminaba desprevenido por el lugar, sufrió un atentado en su contra al recibir varios disparos con arma de fuego algunos de frente y otros por la espalda por parte del hoy procesado, siendo conducido a un centro asistencial donde lograron salvarle la vida...”

2.- El 15 de abril de 2013 la Fiscalía presentó el caso ante la Juez 8º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, Valle, en audiencias preliminares de declaración de contumacia, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del indiciado DANNY ANDRÉS CASTRO OTÁLORA. La imputación se efectuó por el concurso de delitos de tentativa de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, descritos y sancionados en los artículos 103, 104.7 y 365 del Código Penal.

Posteriormente, ante el Juzgado 17 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali, Valle, el día 26 de agosto de 2013 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación -en la cual la Fiscalía acusó al imputado DANNY ANDRÉS CASTRO OTÁLORA, del referido concurso de delitos-; el 24 de octubre siguiente la audiencia preparatoria, donde se resolvió sobre la pertinencia y conducencia de practicar las pruebas pedidas por las partes y, posteriormente, los días 11 de diciembre de 2013 y 10 de junio de 2014 el juicio oral. En esta última fecha, se anunció el sentido condenatorio del fallo.

4.- La sentencia fue proferida el 28 de agosto de 2014, y con ella se puso fin a la instancia condenando al acusado DANNY ANDRÉS CASTRO OTÁLORA, a la pena principal de doscientos doce (212) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, al tiempo que no le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, entre otras decisiones, como consecuencia de encontrarlo autor penalmente responsable del concurso de delitos de tentativa de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, imputado en la acusación.

5.- Apelada esta determinación por la defensa -quien a partir de manifestar su inconformidad con la apreciación probatoria, solicitó revocarla y absolver a su

patrocinado, en cuanto consideró ausentes los presupuestos exigidos por el Código de Procedimiento Penal para proferir fallo de condena-, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante providencia de 21 de octubre de 2015 decidió impartirle íntegra confirmación, al resolver en segunda instancia la impugnación interpuesta.

6.- Contra esta decisión, en oportunidad la defensa interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda¹, sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

LA DEMANDA

Después de resumir los hechos e identificar las partes intervinientes en el trámite y la sentencia materia de impugnación, con apoyo en las causal tercera de casación, dos cargos postula la recurrente contra la sentencia del Tribunal.

En la primera censura formulada, la demandante sostiene que el fallador incurrió en manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, dando lugar a la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho, <<al haberse efectuado una valoración indebida en la apreciación de las pruebas existiendo elementos configurantes para la declaratoria del Indubio pro reo en favor de mi prohijado >> (sic).

Después de mencionar las disposiciones que estima conculcadas, con la pretensión de demostrar el yerro que pregonaba configurado en el fallo, sostiene que los médicos legistas sobre lo único que dictaminaron fue respecto de la gravedad de las heridas de la víctima sin que de sus testimonios se pueda determinar <<la autoría del móvil>> (sic).

Agrega que con respecto al certificado que dice de la ausencia de autorización del acusado para portar armas de fuego, es situación que a su modo de ver no permite inferir la participación de su prohijado en los hechos materia de investigación y juzgamiento, pues, además, la Fiscalía <<no aportó la prueba del arma de fuego con la cual se produjo las lesiones a la integridad de la víctima>>, pues tan sólo se infirió que si las lesiones habían sido causadas con arma de fuego y el acusado no tenía permiso para portar armas, era directamente responsable del delito definido por el artículo 365 del C.P. <<mas no por qué del arma misma se hubiere determinado en forma indubitable hubiere sido utilizada por mi prohijado y no por otra persona>>.

A continuación, la demandante dedica espacio a cotejar las consideraciones del juzgador A quo con las del Tribunal, después de lo cual expone particulares conclusiones sobre lo narrado por Jaime Ibarra Ocampo y por la víctima, así como en relación con el relato del investigador del CTI Héctor Rafael Henríquez.

En ese orden, observa incongruencias en cuanto al momento en que víctima y su hermano se encontraron en el lugar de los acontecimientos y respecto al lugar hacia el cual se dirigieron, <<es decir, no se sabe con certeza si en efecto ambos se dirigían a comprar la fritanga y en dicho transcurso la víctima se detiene a saludar a su amigo o si estaban reunidos con su hermano y sólo es la víctima la que se desplaza hacia la esquina>>.

De igual modo en torno a la presencia o no de una motocicleta en el momento en que el agresor disparó contra la víctima, y la distancia en que la misma se habría encontrado <<coligiéndose que los falladores de instancia tomaron parcialmente las manifestaciones de los testigos, sin que efectuaren el estudio detallado de los actos previos, concomitantes y posteriores a la agresión>>.

Estima asimismo incongruentes las versiones de la víctima y su hermano, en cuanto al color de la ropa que portaba el victimario, o las razones por las cuales el joven Jaime Andrés salió en persecución del agresor en lugar de ir en busca de su hermano, y considera <<sorprendente que la víctima en ese momento de tensión tuviera capacidad de analizar de pies a cabeza tanto a su agresor como quien estaba esperándolo para concertar su huida en una moto hasta determinar que quien conducía la moto usaba chancas>>.

Igualmente sostiene que de la prueba de cargo surgen dudas sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, debido a las incongruencias que se presentan entre los diversos testimonios al tiempo que censura que no se le hubiere conferido crédito a las pruebas allegadas a iniciativa de la defensa, tales como los testimonios de Fabián Chávez y Diana María Grajales.

Con fundamento en estas y otras consideraciones de similar factura, tras considerar haber demostrado que se llevó a cabo <<una valoración indebida en la apreciación de las pruebas>>, solicita a la Corte, <<casar el cargo endilgado>> y absolver a su asistido de los cargos que le fueron imputados.

De otra parte, con respecto a la segunda censura que en la demanda se propone, la libelista acusa <<la sentencia recurrida de violar por vía indirecta en la modalidad o a causa de aplicación indebida el Artículo 365 del Código Penal, con lo que se permitió una aplicación indebida del artículo 31 del Código Penal, como medio por manifiestos errores de hecho que conllevaron a una tasación de la pena bajo una norma que no estaba vigente para la época de los hechos>> (sic).

Menciona al efecto que los hechos ocurrieron el 13 de enero de 2011, es decir, cuando

aún no había comenzado a regir la Ley 1453 de ese año, cuyo artículo 19 modificó el artículo 365 de la Ley 599 de 2000 que aumentó la pena mínima para el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, lo que indica que la disposición sustancial aplicable era la contenida en el artículo 38 de la Ley 1142 de 2007, lo cual no fue advertido por los juzgadores de instancia.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida <<para que en su lugar se dicte una sustitutiva>> a favor de su representado <<conforme las leyes vigentes al momento de acaecimiento de los hechos>>.

SE CONSIDERA

1.- El artículo 180 de la Ley 906 de 2004, establece que el recurso extraordinario de casación tiene por finalidades, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios a éstos inferidas, y la unificación de la jurisprudencia, para cuyo ejercicio, no solamente se debe contar con legitimación e interés, sino su interposición ha de realizarse mediante la presentación oportuna de una demanda escrita, en la que se identifique la sentencia recurrida, se acrediten la legitimidad y el interés para recurrir, se expresen con claridad y precisión los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión, y se demuestre la objetiva configuración de uno o varios de los motivos de casación taxativamente previstos en la ley.

De esta suerte, el inciso segundo del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 faculta a la Corte para no seleccionar aquellas demandas en las cuales el impugnante carezca de interés para acceder al recurso, no se aduzca clara y precisamente la causal o causales de casación que sustentan la pretensión, se deje de desarrollar el cargo o cargos que a su amparo se pretenda proponer, o cuando pese a satisfacer los anteriores presupuestos la Corte observa que no se precisa de un fallo de mérito para

cumplir alguna de las finalidades del recurso extraordinario.

Asimismo el Código de Procedimiento Penal de 2004 prohíbe a la Corte tener en cuenta causales no alegadas en la demanda, pero la faculta para superar los defectos en orden a emitir un pronunciamiento de fondo, atendiendo los fines del instrumento extraordinario de impugnación, la fundamentación de los mismos, la posición del impugnante dentro del trámite judicial y la índole de la controversia planteada.

En razón de ello, la Corte ha sido persistente en indicar que la demanda de casación no sólo debe ser íntegra en su formulación, sino también suficiente, clara, precisa y concisa en su desarrollo y eficaz en la pretensión del recurrente.

En todo caso, la adecuada sustentación del recurso, sin la cual no es posible acceder a éste, <<exige que el demandante demuestre que el juzgador cometió un error al tomar la decisión, bien de juicio (in iudicando) o de actividad (in procedendo), para cuyo efecto no basta afirmar que una determinada infracción se cometió, sino que es necesario precisar en qué consistió, qué repercusiones o implicaciones tuvo en la decisión recurrida, qué consecuencias desfavorables se derivaron de ella para la parte impugnante, y por qué la intervención de la Corte es necesaria para el cumplimiento de los fines del recurso>> CSJ AP, 26 Sep 2007, Rad. 28053.

2.- Del mismo modo, cabe denotar que si por medio de la casación de lo que se trata es de denunciar, con apoyo en la causal tercera, que la sentencia del Tribunal incurre en <<manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia>>, dicho tipo de desacierto corresponde a la forma indirecta de violación a las disposiciones de

derecho sustancial, y se configura cuando el sentenciador comete errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física, los cuales pueden ser de hecho o de derecho CSJ AP, 29 Ag 2007, Rad. 26276.

Los primeros, es decir los errores de hecho en la apreciación probatoria, se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio de conocimiento; porque deja de apreciar una prueba, elemento material o evidencia, pese a haber sido válidamente presentada o practicada en el juicio oral, o porque la supone practicada en éste sin haberlo realmente sido y sin embargo le confiere mérito (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente presentada, practicada y controvertida, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, habiendo sido válidamente practicada la prueba en el juicio oral, en la sentencia es apreciada en su exacta dimensión fáctica, pero al asignarle su mérito persuasivo se aparta de los criterios técnico-científicos normativamente establecidos para la apreciación de ella, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

De este modo, cuando el reparo se orienta por el falso juicio de existencia por suposición del medio de conocimiento, compete al casacionista demostrar el yerro con la indicación correspondiente del fallo en donde se alude a dicho medio que materialmente no fue practicado, presentado o controvertido en el juicio; y si lo es por omisión de ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral (falso juicio de existencia por omisión), es su deber concretar la parte pertinente de la audiencia pública en que se presentó la evidencia o el elemento material o se practicó la prueba, e indicar qué objetivamente se establece de ella, cuál mérito le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y

los criterios de valoración normativamente previstos para cada una, y señalar cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio aducido por las partes en el juicio y debidamente controvertido en éste, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto a modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnico científicos normativamente establecidos para cada medio en particular (Art. 380 CPP), el casacionista tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

Si la denuncia se dirige a patentizar el desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error, indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al ameritado.

En torno a las reglas de experiencia, como uno de los componentes del método de apreciación racional de la prueba, la Corte (CSJ SP, 21 Nov 2002, Rad 16472) igualmente tiene establecido lo siguiente:

Ahora bien, la experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.

Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.

Así, las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquéllas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de lo que aprehende, y de la ontología, porque lo pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido.

(...)

Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en

ésta conllevan generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto socio histórico específico.

En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B.

Asimismo, sobre el aludido tema, la jurisprudencia (CSJ SP, 9 Abr 2008, Rad 22548) tiene señalado que:

...proposiciones formuladas a partir del conocimiento obtenido por vivencias, para que puedan erigirse como reglas de la experiencia, y por ende tenidas en cuenta como pautas de la sana crítica, es necesario que puedan ser sometidas a contraste y trasciendan su confrontación, ya que de lo contrario, a pesar de ostentar una conformación lógica, sólo constituirán situaciones hipotéticas e inciertas²; además es indispensable que sean aceptadas en forma general con pretensiones de universalidad por la colectividad, más no que obedezcan a lo que el individuo haya aprehendido en su particular cotidianeidad, pues, esto si bien puede ser importante frente a procesos racionales internos, no es fundamento serio para estructurar axiomas empíricos de aceptación dentro de un conglomerado, en determinado contexto social y cultural, con la aspiración de ser esgrimidos para desvirtuar el reproche de responsabilidad que se hace en materia penal³.

3.- La Corte no puede dejar de subrayar que cuando de precisar la naturaleza y alcance de los errores originados en la apreciación judicial de las pruebas, como uno de los motivos de invalidación susceptibles de ser invocados en sede de casación, la jurisprudencia (CSJ AP, 17 Sep 2003, Rad. 17690) ha sido insistente en señalar que este desacierto no

resulta configurado por la sola disparidad de criterios entre la valoración realizada por los jueces y la pretendida por los sujetos procesales, sino de la comprobada y grotesca contradicción entre aquella y las reglas que informan la valoración racional de la prueba.

También ha dicho, en doctrina suficientemente decantada y difundida, que si un contraste de tales características no se presenta, porque los juzgadores, en ejercicio de esta función, han respetado los límites que prescriben las reglas de la sana crítica, será su criterio, no el de las partes, el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada la sentencia de segunda instancia.

Por esto, ha de reiterarse que inane resulta, por tanto, en sede extraordinaria, pretender desquiciar el andamiaje fáctico-jurídico del fallo impugnado con fundamento en simples apreciaciones subjetivas sobre la forma como el juez de la causa debió enfrentar el proceso de concreción del mérito demostrativo de los elementos de prueba, o el valor que debió habersele asignado a un determinado medio.

No se trata, pues, de presentar discrepancias interpretativas en relación a cómo se aprecian las pruebas por los juzgadores y cómo hubiera querido el demandante que fueran valoradas, pues ello no es posible de plantearlo en sede del recurso extraordinario de casación dada la inocuidad de este tipo de argumentos para derruir la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo.

Esto tiene sentido si se considera que dentro de la autonomía de apreciación probatoria la labor del juez al evaluar el caudal probatorio consiste precisamente en definir a qué elementos de juicio les reconoce credibilidad y a cuáles no para llegar a su convencimiento sobre la verdad de lo acaecido, establecer la base fáctica de la sentencia y la declaración del derecho en la parte resolutive del fallo.

Tampoco trata la casación, en cuanto a este motivo se refiere, de presentar argumentos probatorios que puedan ser válidos frente a una hipótesis posible de interpretación,

pues lo posible no se identifica con lo cierto, real, claro y manifiesto, ni puede ser utilizado como fundamento para resolver la divergencia apreciativa de los medios entre el juez y las partes. En tal eventualidad prevalece el criterio de aquél siempre y cuando se mantenga dentro de las pautas que rigen la persuasión racional, cuya desvirtuación compete al demandante de manera objetiva, clara y completa con referencia a la totalidad de los medios en que se sustentó el fallo objeto de censura y no combatiendo tan sólo una parte de ellos desde su particular punto de vista, como si el juicio no hubiera concluido con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia.

Los errores de derecho en la apreciación de las pruebas, entrañan, por su parte, 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).

También, 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), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su trasgresión.

4.- Cada una de estas especies de error, obedece a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria y corresponden a una secuencia de carácter progresivo, así encuentre concreción en un acto históricamente unitario: el fallo judicial de segunda instancia. Por esto no resulta técnicamente correcto que frente a un mismo medio de conocimiento y dentro del mismo cargo, o en otro postulado en el mismo plano, sin indicar la prelación con que la Corte ha de abordar su análisis, se mezclen argumentos

referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que ha de regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente la vía de impugnación a que se acoge, señalar el sentido de trasgresión de la ley y, según el caso, concretar el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia del desacierto cometido en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación concretar la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera lo que se conoce como la proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

5.- De todos modos, debe insistir la Sala en que de optar el demandante por la vía indirecta para denunciar la violación de normas sustanciales por errores en la apreciación de los medios de conocimiento, la misma naturaleza excepcional que la casación ostenta le impone la necesidad de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.

Como resulta apenas obvio, esta tarea comprende el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados y, por ende, debatidos en el juicio; valorando los medios que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica respecto de aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo del fallo los supuestos o los ilegalmente practicados o aducidos.

Dicha labor no debe ser realizada de manera independiente en la ponderación individual de cada medio, sino en conjunto, esto es, valorando la prueba ameritada en confrontación con lo acreditado por las otras debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada elemento probatorio en particular y las que aluden al modo integral de valoración.

Todo ello en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues, al fin y al cabo, es la demostración de la trasgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal tercera de casación. De otro modo no podría concebirse el trámite extraordinario por errores de apreciación probatoria, si su propósito no se orienta a evidenciar la afectación de derechos o garantías fundamentales debido a la falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, pese a ser la llamada a regular el caso, o la aplicación indebida de alguna de éstas cuando en realidad no lo rige CSJ AP, 26 Sep 2007, Rad. 28213.

6.- En el evento que ahora ocupa la atención de la Sala, como se recuerda en el resumen que se hizo de la demanda, si bien en el primer cargo la libelista dice apoyar su disenso en la causal tercera de casación para denunciar que el fallo de segunda instancia incurre en la violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial, al sugerir que el Tribunal cometió errores de hecho en la apreciación probatoria, es lo cierto que deja su reparo en el solo enunciado, en cuanto no solamente omite indicar el tipo o tipos de errores presuntamente cometidos y deja de acreditar la objetiva configuración de los supuestos errores, sino que tampoco realiza un desarrollo acorde con el motivo de casación que aduce.

So pretexto de denunciar el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual sea fundado la sentencia, a la mejor manera de un

alegato más propio de las instancias ordinarias del trámite que del recurso extraordinario a que acude, la libelista se dedica a presentar una crítica general a la apreciación de la prueba realizada por los juzgadores, pero sin descender al ámbito de las concreciones, todo lo cual le impide poner en evidencia el yerro y su eventual trascendencia en la parte resolutive del fallo.

Es tanto esto que por parte alguna la libelista concreta lo que específicamente dicen cada una de las pruebas presuntamente mal apreciadas, cuál el mérito atribuido por el juzgador, en qué concretamente consistió el yerro, a cuál género o especie corresponde y cómo se corregiría éste en sede extraordinaria, nada de lo cual siquiera ensaya, si es que su pretensión era desquiciar el andamiaje que soporta la sentencia.

Resulta de tal entidad la precaria formulación del reparo, que en lugar de indicarle a la Corte en relación con cada uno de los medios que menciona si el error cometido fue identidad, existencia o raciocinio y cómo se demostraría la configuración de unos eventuales desaciertos, con total abstracción de la objetividad que el recurso extraordinario reclama y de los precisos términos en que fueron proferidos los fallos de instancia, se dedica a reiterar los argumentos de inconformidad expuestos cuando recurrió en apelación contra la sentencia de primera instancia, como si el juicio no hubiera fenecido con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia por parte del Tribunal y sin tener en cuenta que el objeto de la casación es cuestionar la juridicidad y acierto de la decisión de segundo grado, no promover una revaloración probatoria acorde con particulares intereses y sin referencia a ningún parámetro legal.

En cualquier caso, resulta claro que la demandante presenta un cargo formalmente incompleto, en cuanto no le muestra a la Corte en qué habría cambiado la suerte de su

representado si el juzgador hubiere reconocido que entre los testigos de cargo se presentan algunas incoincidencias respecto de aspectos incidentales de la facticidad, frente al hecho incontrovertible de haber estado en el lugar de los acontecimientos y no solamente haber presenciado el atentado contra la vida de Cristhian Ibarra Ocampo, sino el señalar inequívocamente al aquí acusado como el autor del referido comportamiento criminal.

Al efecto baste con recordar que con total apego a la objetividad que la prueba recaudada ofrece, el Tribunal fue expreso en indicar que

Los dos hermanos aquí multicitados, son coherentes que esa noche del 13 de enero de 2011, el señor CRISTHIAN IBARRA OCAMPO transitaba por la carrera 37 con calle 46 de la ciudad de Cali, con destino a la esquina para comprar fritanga con su novia KELLY VIVIANA OROZCO, luego de conversar un momento con su hermano JAIME ANDRÉS IBARRA, quien se quedó con otros acompañantes cuando ocurre el atentado, pudiendo observar la víctima directamente a su agresor, así como su consanguíneo que estaba a una corta distancia, percibiendo ambos testigos que posteriormente al lamentable suceso el agresor huyó en una moto que lo recogió, independientemente que desde sus perspectivas uno lo haya visto al momento de los disparos y el otro posteriormente cuando va a recoger al agresor, lo importante es que los dos coinciden en la persona que disparó y que luego de ello fue recogido en una moto que le permitió huir del escenario.

Ciertamente los dos testigos presenciales en todo momento de manera categórica citan como el autor de los disparos al hoy procesado, a quien conocían de tiempo atrás, por la amistad que los unió durante años, hasta luego de un problema que se suscitó no solo entre los dos sujetos aquí involucrados sino con sus respectivas familias, suceso que generó mutuas amenazas de muerte, y que al parecer se superó luego de una diligencia llevada a cabo en la inspección del Barrio Mariano Ospina, de donde se infiere que el agresor era fácilmente identificable, sin que sea trascendental para la demostración del delito

si el móvil fue el referido problema suscitado años atrás o no, pues tal elemento no hace parte del tipo penal.

En relación con el relato de Jaime Andrés Ibarra, agregó el pronunciamiento que dicho testigo <<estuvo con su hermano CRISTHIAN minutos antes de ocurrir el atentado, que este último se dirigió a la esquina con su novia KELLY VIVIANA, quienes además reconocieron sin duda alguna al autor de los disparos, y que el agresor luego de los hechos fue recogido por un sujeto en una moto, versión que en lo fundamental guarda total coherencia con lo expresado por la víctima en su entrevista que ingresó como prueba de referencia>>.

Estas consideraciones del juzgador patentizan la insubstancialidad del reparo, pues no son rebatidas en el libelo, ya que la demandante en lugar de acreditar los presuntos yerros, como era su deber, se dedica exponer criterios particulares y subjetivos sobre los medios de conocimiento practicados en el juicio, y sin conexión alguna con la prueba, las consideraciones que sobre ella hizo el juzgador y el tipo de error que pretende noticiar, dejando así su reparo en el más absoluto vacío, en cuanto no le dio desarrollo y demostración en los precisos términos exigidos por la jurisprudencia de esta Corte.

Así resulta patente el desacierto de la recurrente, en cuanto no precisa el tipo de error que pudo haberse cometido respecto de los medios mencionados en la demanda, pues no se sabe si respecto de ellos se cometieron falsos juicios de existencia, de identidad o de raciocinio, o si lo que quiere denunciar es que han debido ser excluidos por haber sido practicados con violación de las disposiciones legales que reglan su aducción o práctica, o porque pese a ser válidamente practicados en la apreciación de su contenido y asignación del mérito persuasivo, se transgredieron las reglas de la sana crítica, nada de lo cual puede suponer la

Corte por el riesgo de pervertir la verdadera voluntad de la recurrente.

Todo lo anterior, aunado a la no presentación de un ataque formalmente completo contra fallo del Tribunal, no sólo le impide acreditar los yerros que dice noticiar, sino la eventual trascendencia de los mismos, condiciones en las cuales surge claro que el cargo se ofrece incapaz de conmovir la doble presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo de segunda instancia.

5.- Para la Corte, la inconformidad de la casacionista, radica tan sólo en suponer que en el juicio oral la Fiscalía no allegó la prueba requerida para condenar, pero en realidad apenas deja sus asertos en el sólo enunciado, en cuanto no les da el desarrollo y demostración con el rigor requerido en sede extraordinaria.

La libelista dejó de demostrar cómo el Tribunal, con apoyo en la prueba practicada en el juicio oral, se equivocó al declarar establecido, más allá de toda duda razonable, la materialidad del concurso de delitos jurídicamente denominado tentativa de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, así como la responsabilidad penal del acusado como autor en la realización de dicho tipo de comportamientos delictivos, y no la pregonada existencia de dudas probatorias sobre la realización de la conducta o de la responsabilidad penal del acusado, como corresponde proceder cuando se denuncia la aplicación indebida y la consecuente falta de aplicación de preceptos sustanciales por incurrir en errores de hecho o de derecho en la apreciación en los medios de convicción.

En lugar de comprobar la objetiva configuración de los yerros probatorios que dice noticiar, así como la eventual trascendencia de unos tales desaciertos en el sentido del fallo, se dedica a presentar particulares consideraciones fácticas, para anteponerlas al criterio del Tribunal expresado en la sentencia de segunda instancia, lo cual escapa a la

lógica del recurso extraordinario.

6.- Bajo el supuesto de haberse incurrido en violación indirecta de la ley a causa de la existencia de errores de apreciación probatoria cuya configuración no logra poner de presente, el demandante tampoco ofrece un panorama fáctico distinto del declarado en el fallo, en el que se corrijan los desaciertos que pregona, dejando así sus reparos en solos enunciados generales, toda vez que no les da ningún desarrollo ni demostración con el rigor exigible en sede extraordinaria.

En lugar de proceder a demostrar el error que dice haberse configurado, el libelista, a la manera de un alegato más propio de las instancias que de la casación, se dedica a sostener sin acreditarlo, que la prueba practicada en el juicio resulta insuficiente para edificar en ella una declaración de condena, pero no indica en concreto cuáles medios de convicción fundamentan la declaración de condena, qué dicen éstos, cuál el mérito que les fue conferido, en qué consistió el error de apreciación, ni cuáles pruebas sustentan sus asertos, todo lo cual resulta inaceptable en tratándose de un instrumento extraordinario de impugnación, sometido a rigurosos requisitos de forma y contenido que en este caso lejos se encuentran de resultar satisfechos.

La libelista no se percata que a más de enunciar el yerro, tenía por deber realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en el juicio; valorando los medios que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica respecto de aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo del fallo los supuestos o los

ilegalmente practicados o aducidos, según sea el caso particular.

Al no proceder de este modo, obviamente no podía tomar en cuenta que dicha labor demostrativa debía realizarla de manera conjunta respecto de la totalidad de los medios discutidos, en confrontación con lo acreditado por las pruebas debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración, nada de lo cual siquiera ensaya.

Es de tal entidad la precaria formulación del reparo, que no indica de qué manera habría de corregirse en sede extraordinaria el yerro que pretende noticiar, y cómo la correcta apreciación de los medios, en conjunto con los demás sobre los cuales no concurre ningún tipo de desacierto, daría lugar a proferir un fallo en sentido sustancialmente distinto al que es objeto de censura, nada de lo cual demuestra pese a que tenía el deber de hacerlo, si es que su intención era desquiciar el andamiaje fáctico en que se sustentó el fallo ameritado.

7.- En últimas, lo observado en la demanda presentada por la defensa, es una discrepancia de criterios en torno a la valoración que en los fallos se hizo de la prueba, propendiendo por la prevalencia de sus personales deducciones sobre el criterio del fallador y no una objetiva transgresión a reglas que rigen la aducción de los medios o a los postulados que gobiernan la sana crítica en la apreciación probatoria, como corresponde acreditar cuando se acude en sede extraordinaria en orden a denotar la ilegalidad de la sentencia impugnada, con lo cual se pierde de vista que en tratándose de errores de apreciación probatoria, éstos deben ser manifiestos y objetivos, es decir, de tal entidad que den lugar a la intervención de la Corte para corregir la violación indirecta de la ley por el fallo, y no simplemente para terciar en las discrepancias de las partes con el juzgador de segunda instancia, tan sólo porque no compartió los planteamientos de aquellas.

Lo que se ofrece en la demanda, no es entonces la intención de demostrar la existencia de un error demandable en casación, sino la exposición de un criterio particular sobre cómo ha debido proferirse la sentencia respecto del cual no se está de acuerdo con el juzgador, tan sólo porque no se le dio la razón cuando acudió en apelación, lo que de suyo resulta inadmisibile en sede extraordinaria.

Esto es lo que se establece cuando formula una crítica general al mérito persuasivo conferido por el juzgador a la prueba testimonial practicada en el juicio y, tal vez pretendiendo que la Corte supla las deficiencias argumentativas que presenta y desentrañe la finalidad que se persigue con la interposición del recurso, afirma tan sólo, sin llegar a demostrarlo en los precisos términos que han sido señalados en el cuerpo de este proveído, que contrariando las disposiciones de procedimiento que gobiernan la actividad judicial de apreciación de los medios de convicción, el juzgador prefirió las pruebas de cargo frente a las de descargo.

8.- Pero los desaciertos que la demanda ofrece, no paran en los que vienen de ser advertidos por la Corte, pues en el cargo segundo, pese a sostener igualmente que el sentenciador incurrió en violación indirecta de disposiciones de la ley sustancial, tras cometer errores de hecho que determinaron la aplicación indebida del artículo 365 del Código Penal que define el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, es lo cierto que no identifica ninguna prueba sobre la cual pudiera haberse materializado un tal tipo de desaciertos, y sí en cambio traslada la discusión al ámbito en opera la violación directa, generando con ello incertidumbre sobre el verdadero sentido y alcance de la propuesta impugnatoria.

Pese a que lo anteriormente advertido llegase a resultar de suyo suficiente para que la Corte decidiera inadmitir la demanda por faltar a los presupuestos de claridad y concreción, aun de llegar a suponer que la pretensión se orienta por denunciar que el Tribunal incurrió en violación directa de la Ley sustancial por transgredir el principio de

legalidad al decidirse aplicar una norma posterior y más gravosa a la que se encontraba vigente el momento de realización de la conducta, la suerte de una planteamiento de esta índole no se ofrece diversa.

En efecto, como resultado de confrontar los términos del fallo con la disposición que se afirma conculcada por el recurrente, se tiene que si bien el sentenciador A quo incurrió en una imprecisión al indicar que la pena para el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, oscilaba entre 108 y 144 meses de prisión, con lo cual dio en sugerir que la disposición aplicada al caso era la contenida en el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, y no el artículo 365 del Código Penal de 2000, modificado por el artículo 38 de la Ley 1142 de 2007, vigente al momento de los hechos y que fijaba una pena más favorable, en tanto ésta fluctuaba entre 4 y 8 años de prisión.

No obstante, por virtud de lo dispuesto por el artículo 31 del Código Penal en relación con la pena para el concurso de conductas punibles, ninguno de dichos mínimos fue aplicado al caso, con lo cual el reparo propuesto deviene asaz intrascendente, en tanto ningún agravio pudo haberse producido como para dar lugar a la intervención de la Corte en orden a su corrección.

Al efecto, pertinente se ofrece recordar los términos del pronunciamiento de primera instancia, confirmado íntegramente por el de segunda:

Establece el Artículo 31 del Código Penal que ante el concurso de conductas punibles, el procesado quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, que para el caso que nos ocupa la conducta más grave indiscutiblemente es el HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO, razón por la cual se tomará como base los DOSCIENTOS (200) MESES DE PRISIÓN que se incrementarán en DOCE (12) MESES DE PRISIÓN por efecto del concurso con el de FABRICACIÓN, TRÁFICO,

PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, PARTES, ACCESORIOS O MUNICIONES, quedando una pena definitiva a imponer de DOSCIENTOS DOCE (212) MESES DE PRISIÓN).

El cargo, en consecuencia, no cuenta con la más mínima vocación de prosperidad, como para que la Corte diera por superados los defectos de la demanda con miras a un pronunciamiento de fondo.

9.- En síntesis, la demanda estudiada no cumple las exigencias mínimas de forma y contenido requeridas para su estudio de fondo. Por tanto, se la inadmitirá y se ordenará la devolución del diligenciamiento al Tribunal de origen, de conformidad con lo previsto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, pues no se advierte la necesidad de superar sus defectos de forma y contenido para la realización de los fines de la casación, ni la violación de garantías fundamentales que la Corte esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

10.- Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia por parte del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 inciso segundo ejusdem, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte CSJ AP 12 Dic 2005, Rad. 24322.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora del acusado DANNY ANDRÉS CASTRO OTÁLORA, por las razones expuestas en la motivación de este proveído.

Contra esta determinación procede la insistencia en los términos del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal del origen.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fls. 193 y ss. cno. Ppal.

2 Sentencia de 6 de agosto de 2003, Rad. Nº 18626.

3 Auto de 14 de julio de 2004, Rad. Nº 21210.