

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP5196-2015

Radicación N°. 44.748

(Aprobado Acta N°. 314)

Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de Gustavo Alfredo Pinilla Rubiano contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, el 30 de mayo de 2014, por cuyo medio confirmó el fallo dictado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de ese distrito judicial, del 31 de mayo de 2013, a través del cual lo condenó en calidad de autor penalmente responsable de los delitos de homicidio, en grado de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el ad quem en los siguientes términos:

De acuerdo con la denuncia penal presentada por el señor RAR (sic) en calidad de representante legal del menor ARD (sic), se tiene que la ocurrencia de aquellos habría

tenido lugar de la siguiente manera: en hora de la madrugada del 4 de junio del 2006, su hijo Robert Alejandro se desplazaba en compañía de su amigo AJ, por el barrio (...) de esta ciudad, ocurriendo que luego de caminar durante un rato, decidieron sentarse a descansar fuera de una vivienda, momentos en que arribó al lugar un hombre que se movilizaba en una motocicleta, presuntamente el morador de aquella, quien en un comienzo los agredió verbalmente y acto seguido procedió a causarle una herida con arma de fuego en la cara al joven AR (sic). Posteriormente, tras recuperarse del impacto, R (sic) se trasladó hasta la calle principal del lugar, en donde tomó un taxi que lo condujo a las instalaciones del hospital Susana López de Valencia, en donde fue atendido por urgencias debido a la magnitud de sus heridas.¹

2. El 18 de septiembre de 2006, el Fiscal Segundo Seccional de Popayán profirió resolución de apertura de instrucción y vinculó mediante indagatoria a Gustavo Alfredo Pinilla Rubiano².

3. El 23 de octubre siguiente, al resolver la situación jurídica del indagado, el instructor se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento por el delito de homicidio agravado tentado en concurso con el de porte ilegal de armas³.

4. El ciclo instructivo fue clausurado el 29 de julio de 2009⁴.

5. El 31 de agosto de ese año se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Gustavo Alfredo Pinilla Rubiano, en calidad de autor del delito de homicidio agravado, en la modalidad de tentativa, en concurso con el de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones (artículos 103, 104, 7 -por indefensión de la víctima-, 27 y 365 del Código Penal)⁵.

6. El 18 de febrero de 2011, con base en la apelación interpuesta por la defensa técnica, la anterior decisión fue confirmada por el Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal Superior de Popayán⁶.

7. El juicio le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán, despacho que avocó el conocimiento del asunto el 28 de febrero de 2017.

8. La audiencia preparatoria se surtió el 17 de abril de 2018 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán Adjunto al que le fue repartido el asunto por descongestión⁹ y la pública de juzgamiento se llevó a cabo el 9 de mayo de ese año¹⁰.

9. Mediante sentencia del 31 de igual mes, el Juez Cuarto Penal del Circuito de Popayán –por reasignación– declaró a Gustavo Alfredo Pinilla Rubiano penalmente responsable del delito de tentativa de homicidio, en concurso con el de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, motivo por el cual le impuso la pena principal de ochenta y dos (82) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico lapso.

Así mismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y lo condenó a pagar treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daños morales, a favor del hijo de la víctima¹¹.

10. Inconforme con el fallo de primera instancia, la defensa interpuso recurso de apelación¹², que fue desatado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán el 30 de mayo de 2014, en el sentido de confirmar la sentencia impugnada¹³.

11. Contra este proveído el apoderado del procesado interpuso¹⁴ y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación¹⁵.

12. Dentro del término de traslado para los sujetos no recurrentes, la Procuraduría 153 Judicial II Penal presentó los alegatos correspondientes¹⁶.

LA DEMANDA

Tras identificar los sujetos procesales y sintetizar los hechos y la actuación procesal, el recurrente postula tres ataques contra la decisión de segunda instancia, al amparo de las causales primera, segunda y tercera, en su orden, del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Primer cargo.

Sustentado por la vía directa de la violación de la ley sustancial, por cuanto se generó «un error de derecho»¹⁷ que recayó en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, en tanto fue aplicado al caso sin mayores «consideraciones argumentativas, sino por el simple y llano hecho de que presuntamente el ofendido fue lesionado en su humanidad por un disparo de arma de fuego»¹⁸.

Explica que a la luz de la jurisprudencia –cita la sentencia CSJ SP, 4 sept. 2002, rad. 15884 que explicita el camino para arribar a la duda-, ha debido absolverse a su prohijado porque no se allegaron elementos probatorios suficientes para obtener la certeza requerida, pues nunca se halló el arma con la que se ejecutó el homicidio tentado, ni se practicaron las correspondientes pruebas –como la de absorción atómica, balística, escaneo microscópico de electrones- o se encontró casquillo alguno, o se estableció si su representado puede o no accionar un arma de fuego, para determinar si el encartado fue la persona que realizó la acción ilegal.

Agrega que, si se estableció que su representado, para la época de los acontecimientos, no contaba con arma de dotación, no es posible atribuirle responsabilidad porque no existe suficiente material probatorio «para generar una verdadera convicción respecto a la conducta desplegada»¹⁹ por su mandante, puesto que de la mano de los Tratados y Convenios Internacionales, debe presumirse su inocencia²⁰.

Al final de la censura, dice que «se ha demostrado de manera cabal y proba»²¹ que debía aplicarse el canon 365 del Código Penal, lo cual lo lleva a solicitar la absolución

de su prohijado, por interpretación errónea del precepto aludido.

Segundo cargo.

Invoca el desconocimiento del debido proceso, por afectación sustancial de su estructura o de las garantías debidas a cualquiera de las partes.

En el desarrollo de la censura, se sirve de la duda a favor del inculpado con fundamento en la obra de un tratadista (Luigi Ferrajoli), quien, entre otros temas, sostiene que es necesaria la prueba para condenar, y en caso de incertidumbre se debe absolver.

En la misma línea argumentativa, expone que la fiscalía no desvirtuó el referido principio constitucional, pues se quedó en «meras especulaciones, sin llevar un orden coherente y adecuado para endilgar una posible responsabilidad, cercenando de tajo garantías tan caras al proceso penal y al buen nombre de un servidor público que no tiene tacha en su carrera»²², como lo es el enjuiciado.

Continuando con la sustentación del reproche, el libelista advera que las instancias violentaron los principios de contradicción y motivación de las decisiones judiciales al entender que su poderdante percutió un arma de fuego, y por ese hecho fue condenado por el delito de porte ilegal, sin que se percatara que nunca se halló ese elemento bélico con el que presuntamente se afectó la humanidad de la víctima RARD.

Luego de reproducir un fragmento de la sentencia C-252 de 2001, que vincula el deber de motivar con los axiomas de favorabilidad, presunción de inocencia, contradicción y defensa, resalta que la Corte Suprema (CSJ SP, 8 jun. 2011, rad. 33.202 y CSJ SP, 25 abr. 2012, rad. 38.542) viene sosteniendo que en el porte ilegal de armas, su acreditación no puede inferirse sin sustento probatorio, pues el elemento normativo: sin permiso de autoridad competente, debe demostrarse.

Añade que «la juez de la causa inventó la prueba del porte ilegal de armas de fuego con la aquiescencia del tribunal superior que no analizo (sic) este aspecto y eso es algo que la presunción de inocencia y el in dubio pro reo no toleran»²³.

Para cerrar, estima que la funcionaria de primer grado admitió la duda al «suponer hechos y más que eso especular respecto a hechos relevantes del litigio y es que una deducción así sea racional implica que no hay un hecho cierto y por tanto materializable»²⁴, cuestión que no fue examinada por el ad quem.

Tercer cargo.

Por la senda del falso juicio de convicción, argumenta que los testigos de cargo no determinaron qué persona accionó el arma. Selecciona esta vía de ataque –según explica– por el hecho de haberse fundado el fallo condenatorio en prueba de referencia. Ello ocurrió con la declaración del padre del herido, RAR, quien hizo afirmaciones que no le constaban en forma directa.

Acto seguido, aduce el libelista que atacará la declaración de AJ–el cual estaba al momento de los hechos con el afectado– «desde la inferencia lógica de la prueba indiciaria»²⁵, por ser de mayor relevancia incriminatoria. Siendo ello así, arguye que el mentado testigo dijo que ni él ni el agredido emplearon ninguna sustancia alcohólica antes de los sucesos aquí juzgados, pero la historia clínica de la víctima reporta que estaba borracho y había inhalado bóxer. En esas condiciones –agregase altera la percepción de la realidad, por ello «el mismo Juez (...) reconoce que los mismos mienten por encubrir –infructuosamente– su estado de alicoramiento y excitación por la sustancia la cual habían inhalado»²⁶.

Con base en lo anterior, explica el abogado que las observaciones cuando se consumen sustancias indebidas son erradas e inciertas, motivo por el cual trae a colación una lista de los efectos a corto plazo de las mismas, siendo una de las tareas primordiales de los

jueces no admitir «un tejido de retazos incongruentes, entre sí inconciliables, sino en eliminar contradicciones y hacerlo de modo razonable»²⁷.

La duda se encuentra presente en la actuación porque la víctima y su amigo muestran serias inconsistencias como el hecho de llegar a una fiesta a las 3 a.m., y durar una hora; en ese orden, el abogado es de la idea que «los jóvenes pudieron fantasear la realidad y por tanto atribuir una presunta conducta a alguien que tiene la fortuna de vivir en el sector»²⁸. Además, en relación con la supuesta fiesta, se pregunta el defensor «por qué ni ellos ni el ente persecutor trajo en mención a alguno de los invitados para que corroboraran el decir de los quejosos»²⁹.

Por las razones anotadas, considera, el juez yerra en su juicio, «y no pondera de manera diamantina los hechos, respecto de un indicio contingente único que es el que la narración de los hechos es escueta, corta y en la misma se miente respecto al estado de los quejosos, y sin haber más prueba de cargo condena a [su] mandante por los hechos»³⁰.

Menos aún, sostiene, tuvo en consideración el Tribunal que su prohijado no estaba a la hora de la ejecución de los delitos dolosos en su residencia «y por tanto no pudo realizar la conducta referida»³¹.

Con todo, si las instancias no hubieran incurrido en los mentados desatinos, en especial, en cuanto a la convergencia de las pruebas, el fallo hubiera sido absolutorio. Incluso, porque el ente instructor «no aportó al proceso la prueba suficiente para apuntalar la acusación, en consecuencia, no logró destruir la presunción de inocencia»³²; por lo tanto, solicita casar el fallo recurrido absolviendo a su mandante.

ALEGATOS DEL SUJETO NO RECURRENTE

A juicio de la delegada del Ministerio Público no es posible avanzar en el examen de la demanda de casación, toda vez que, siendo éste un proceso regido por la Ley 600 de 2000, el libelista invocó las causales primera, segunda y tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal del 2000, la Sala inadmitirá la demanda, porque no reúne los presupuestos ni cumple con las exigencias mínimas previstas en el artículo 212 del mismo Estatuto.

1. En orden a derruir la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo de segundo grado, el recurso extraordinario de casación debe ser elaborado respetando las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley y la jurisprudencia, según se trate de cada una de las causales establecidas en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000.

En ese sentido, la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que se debe soportar en los principios que rigen este mecanismo de impugnación, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación, prioridad, no contradicción, corrección material, crítica vinculante y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

De acuerdo con el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000, la Sala inadmitirá el libelo, porque, como lo hace ver la delegada del Ministerio Público, además que se apoya indebidamente en las causales de casación de que trata el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, estatuto procesal por el que no se rige este asunto, no reúne las exigencias mínimas previstas en el canon 212 del primer Estatuto Adjetivo mencionado.

2. En efecto, en relación al primer reproche, si la proposición se enunció por la vía de la infracción directa de la ley sustancial, el defensor tenía el imperativo de señalar las normas sustanciales objeto de transgresión, el sentido último de vulneración, esto es, si lo fue por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea y demostrar la trascendencia del yerro en el sentido de la decisión impugnada, teniendo como requisito insoslayable la aceptación de la prueba, tal cual se produjo en el proceso y fue valorada por el Tribunal.

Sin embargo, no solo desacata las pautas recién reseñadas porque no menciona la relevancia del yerro en la decisión del juzgador, sino que alude a la existencia de un error de derecho, proposición que, por ende, traslada el reproche al ámbito de la infracción indirecta de la ley sustancial.

Aunado a ello, se adentra en debates en torno a los hechos y a la valoración de los medios cognoscitivos, lo que supone la ruptura del principio de no contradicción, puesto que no es dable entremezclar, al interior de un mismo cargo, impugnaciones que aparejadas correspondan a dos sentidos de ataque sustancialmente diversos.

Recuérdese, asimismo, que cuando se invoca algún defecto de selección o interpretación del precepto en punto de la declaración de la duda, el demandante debe demostrar que, pese al expreso reconocimiento de incertidumbre probatoria, en la parte motiva del fallo demandado, sobre la materialidad de la conducta punible y/o la responsabilidad penal del enjuiciado, el sentenciador no le confirió la consecuencia jurídica del caso y condenó al acusado cuando había de absolverlo porque no se logró desvirtuar la presunción de inocencia.

En cambio, se debe acudir a la vía indirecta cuando la falta de reconocimiento de la duda se produce como producto de la errada valoración de los hechos y la prueba.

Como el jurista escogió la ruta de la infracción directa consagrada en la causal

primera, tenía la carga de demostrar que el juez plural se equivocó al tener por establecida, en sus consideraciones, la existencia de la duda probatoria y, a la par, no reconocerla en la parte declarativa del proveído, excluyendo, por consiguiente, la aplicación del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

No fue este el camino recorrido por el libelista, toda vez que se dedica a cuestionar la base fáctica y probatoria de las sentencias, que, valga decirlo, en parte alguna afirman la ausencia de certeza acerca del comportamiento delictivo y la participación del inculpaado en el mismo.

2.1. Dice el libelista que el artículo 365 del Código Penal fue aplicado al caso sin mayores elementos de juicio porque se emitió condena bajo la única base que la víctima fue lesionada con un proyectil. De ésta manera, advera, no existen en el plenario pruebas suficientes para responsabilizar a su prohijado y, menos, si de ningún modo se encontró el arma con la que se ejecutó el homicidio tentado.

Lo anotado por el defensor son simples argumentos de instancia sin ninguna repercusión en las decisiones cuestionadas, en la medida que por vía directa -como atrás se recalcó- ataca las pruebas y los fundamentos suasorios de los juzgadores siendo que ha debido aceptarlos tal y como fueron vertidos en las providencias y dedicar su esfuerzo a demostrar el sentido del yerro enunciado al final del ataque, esto es, una supuesta interpretación errónea de la aludida norma.

Ahora, en este punto, bien está recalcar que distinto a lo aducido por el censor, tal como lo hacen ver las instancias, el delito de porte ilegal de armas y la responsabilidad del acriminado en el mismo, sí está suficientemente acreditado con los testimonios de la víctima y su amigo, quienes narraron cómo el procesado desenfundó el arma que portaba en su bolso y disparó contra la humanidad de RD, así como con el reporte militar que indica que el acusado no aparece registrado como propietario de alguna arma legal.

Es así como en lo que atañe al arma objeto de controversia, afirmó el Tribunal:

En ese orden de ideas, estima la Sala que la categórica, detallada y respaldada versión expuesta en el proceso, por RA, merece total credibilidad, en detrimento de la consignada por el acusado, según el análisis probatorio antes mencionado, puntualizando que respecto de la existencia del arma de fuego en poder de éste, el principio de libertad probatoria, nos permite afirmar que se halla demostrado tal aspecto, como quiera que está acreditado que la víctima fue lesionada en la fecha de autos con un arma de fuego, y que ella señala que vio a su agresor esgrimir una en su contra, la sacó de su maletín que portaba, y con la cual le disparó en el rostro. En consecuencia, le asiste razón al señor juez de primera instancia al adoptar la decisión ahora cuestionada, motivo por el que deberá confirmarse la misma³³.

2.2. El casacionista infringe, además, el principio de no contradicción de proposiciones, en cuanto se apresta a solicitar la absolución de su mandante de los cargos elevados por el ene instructor, sin detener su juicio a cuestionar no solo el delito de porte ilegal de armas, sino el de homicidio tentado por el que también fue condenado su asistido. En otras palabras, no puede pretender la declaratoria de inocencia por los dos punibles, si solo ataca uno de ellos.

2.3. Además, cuando el defensor explica que su procurado fue condenado sin ningún soporte cognoscitivo, no se percata de lo apreciado por las instancias sobre el particular. Véase, por ejemplo, qué dijo el juez de conocimiento sobre el convencimiento de la participación de Pinilla Rubiano en los punibles endilgados:

No existe, en este asunto, discusión respecto de la materialidad de la conducta punible, pues con la prueba arrimada tanto de cargo como de descargo, tal y como se reseñó en el acápite anterior, no se pone en entredicho este aspecto del delito, es decir, los elementos de convicción con grado de certeza nos informan que efectivamente RD fue

objeto de una tentativa de homicidio con arma de fuego, tal como fue plasmado en el proveído acusatorio.

Por tanto, la discusión se aviene, a la persona a quien se le atribuye dicho comportamiento criminoso, como quiera que el investigado de turno, GUSTAVO ALFREDO PINILLA RUBIANO se declara ajeno a estos acontecimientos, contrario sensu, la prueba de cargo lo señala como la persona que ejecutó el acto ilícito en la humanidad del menor RD.

Prueba incriminatoria constituida en primer lugar, por la misma víctima quien en su relato, es espontáneo, claro, certero, y con la sencillez que caracteriza una persona de su edad, muy puntual en el señalamiento a PINILLA RUBIANO, como la persona que lo agredió, pues aduce que cuando estaban con AJ descansando en las afueras de la casa resultó ser la de PINILLA RUBIANO, éste los increpó en varias oportunidades, en la primera ocasión les dijo “lárguense de aquí”, advertencia que fue repetida cuando estos ya estaban en retirada, luego los increpó “si era que se le había parecido a su madre”, luego les dijo “que si era que se los quemara ahí”, momento en el que RD voltea a mirar y recibe por parte del infractor el tiro del arma de fuego en su rostro. Y su relato encuentra pleno respaldo en lo expuesto por su compañero de andanzas AJ, el cual estaba con él, en el preciso instante en que la víctima sufrió la agresión, quien describe los sucesos de enjuiciamiento en similares términos del lesionado, y en cuya narración, señala igualmente al sentenciado de turno como la persona que blandió el arma de fuego en contra de su compañero (...) RD.

Además, la coincidencia en aspectos inculpatorios sustanciales, y de capital importancia por parte de este par de testigos los hacen dignos de credibilidad, pues son contestes en el horario en que salieron de la fiesta (04:15 ó 04:30 a. m.), y pasaron a la casa del agresor, que estando en la casa del victimario, cuando éste arribó, los censuró en varias oportunidades, que lo observaron bajo el influjo del alcohol porque en horas de la tarde lo habían mirado libando con unos amigos en las afueras de su casa, que éste arribo

(sic) en una motocicleta color gris y que cuando le proporcionó el disparo al afectado, salió en retirada en su motocicleta. El relato de los menores pues, es hilvanado, congruente y convergente, por lo menos en los aspectos incriminatorios nucleares y principales³⁴.

En verdad, el libelista no tiene presente el análisis que realizó el Tribunal de cara a la credibilidad que le brindó a los testimonios incriminatorios, dejando sin base aquellos que fueron allegados a la actuación por la defensa, en especial, cuando, en principio, dijo la colegiatura:

Al efecto, debemos decir que indudablemente una de las dos partes comprometidas en aquellos hechos, está mintiendo, y ello se debe a que, conscientemente quiere falsear la realidad, o porque está equivocado y como fruto de ese estado de su mente, no dice la verdad; en ese sentido, o es falsa la imputación de la víctima y su amigo AAJ, o es el señor GUSTAVO ALFREDO PINILLA, quien miente al afirmar que no estaba en el teatro de los acontecimientos, en el momento en que fue seriamente lesionado corporalmente el joven RAR(sic). (...)

En el caso en estudio podemos decir que no se encuentra demostrado un motivo o causa que pudiera llevar a los jóvenes RAR(sic) y AAJ, a querer mentir en materia tan grave, en contra del señor GUSTAVO ALFREDO PINILLA, afirmando una falsedad que pudiera ser descubierta, respecto de una persona con la que antes no habían tenido ningún altercado o enfrentamiento; en cambio, en el señor PINILLA RUBIANO, colocado frente a una acusación de los caracteres puestos de presente, existe el lógico interés de querer ubicarse al margen del acontecer en el que resultó seriamente lesionado el joven RD (sic), sin embargo no significa ello, que solo este factor incline de manera concluyente la balanza de la credibilidad de una de tales versiones, debiendo analizar el resto de circunstancias en que fue aprehendido el conocimiento de tal situación y luego comunicado a la justicia, cuando rindieron la respectiva declaración.³⁵

No fue este el proceder del abogado, es decir cuestionar la prueba incriminatoria en su exacta dimensión objetiva y critica testimonial en sede extraordinaria, quien se limita a indicar que los medios de convicción recaudados en el proceso no arrojaron la certeza para condenar porque nunca se había encontrado el arma, desconociendo lo anotado por el juez colegiado sobre el particular.

2.4. Así mismo, asevera el recurrente que no se practicaron las pruebas correspondientes, como la de absorción atómica, balística o escaneo microscópico de electrones, ni se encontró algún casquillo o se esclareció si el procesado estaba en capacidad de accionar un arma de fuego, a efecto de establecer la responsabilidad de su prohijado.

Este argumento desencadena en una eventual infracción al principio de investigación integral que jamás fue mencionada por el casacionista. Tal intento, de cualquier manera, habría sido vano, pues la verificación de los contenidos argumentativos plasmados en los fallos –como se viene exponiendo– permite colegir, con total claridad, que la prueba incriminatoria traída por los juzgadores fue concluyente, sin que el abogado haya demostrado en el desarrollo del cargo, nada diferente.

Y es que ignora el letrado que, de acuerdo al postulado de libertad probatoria, al conocimiento de los hechos es posible llegar a través de cualquier medio –directo o indirecto siempre que haya sido legal y oportunamente aducido a la actuación.

Sea esta la oportunidad para aclararle al letrado que la prueba inferencial constituye otra de las tantas formas de alcanzar la certeza, como estándar intelectual, para condenar. Luego, ningún desafuero se percibe en la falladora de primer nivel al valerse de indicios, entre otros elementos suasorios, para soportar el fallo impugnado.

Para cerrar, cuando al final del reproche el defensor expone que «se ha demostrado de manera cabal y proba»³⁶ que no podía aplicarse el artículo 365 del Código Penal, equivoca su conclusión y juicio, pues nada más distante de la realidad

enseña el reparo.

3. En relación al segundo cargo, es necesario reiterar que, la acreditación de las nulidades está ligada a la comprobación cierta de yerros de garantía o de estructura insalvables que hagan que la actuación y la decisión de segunda instancia pierdan toda validez formal y material, por lo que corresponde al libelista expresar conforme al principio de taxatividad la irregularidad sustancial que afecta la actuación, determinar la forma en que ella rompe la estructura del proceso o afecta las garantías de los intervinientes, la fase en la que se produjeron y demostrar que ninguno de los principios que rigen su declaración ha operado en el caso concreto.

Si el vicio denunciado corresponde a una violación del debido proceso, es necesario que el actor identifique la irregularidad sustancial que alteró el rito legal, pero si afecta el derecho de defensa, se debe especificar la actuación que lesionó esa garantía; en cada hipótesis, la argumentación debe estar acompañada de la solución respectiva.

Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los postulados que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación³⁷, protección³⁸, instrumentalidad de las formas³⁹, trascendencia⁴⁰ y residualidad⁴¹, pues si se avizora que el defecto denunciado no logra afectar en grado sumo el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche.

El actor no acata ninguna de estas pautas pues no sólo no especifica si lo denunciado equivale a yerros de estructura o de garantía sino que no especifica desde dónde habría de operar la invalidación de la actuación, petición esta que ni siquiera eleva. Es más, ni el principio de trascendencia –útil en cualquier sustentación extraordinaria– fue motivo de acreditación.

3.1. Por otro lado, la alusión simultánea a diversas garantías lo único que exterioriza es

confusión, desorden e infracción al principio de autonomía. Esto, por cuanto en el contexto de la sustentación se refiere a la lesión de los principios de favorabilidad, contradicción probatoria y motivación de las sentencias, sin explicitar cómo es que se produjo la ruptura de cada uno de esos axiomas y la prioridad que merecen dentro del libelo, dejando el reparo, entonces, sumido en la indefinición.

3.2. El letrado le atribuye a la fiscalía haber sustentado su pretensión «sin llevar un orden coherente y adecuado para endilgar una posible responsabilidad»⁴², pero no especifica cuál debía ser la metodología más apropiada –de acuerdo a las normas procesales preexistentes a los hechos o Ley 600 de 2000- para llevar a término sus funciones de instrucción y acusación, por un lado, y por otro, no advierte que el ataque en casación debe siempre estar dirigido a las sentencias (sean ellas condenatorias o absolutorias), las cuales se encuentran amparadas bajo el principio de unidad de decisiones o de inescindibilidad, cuando quiera que el funcionario de segunda instancia no revoca la decisión de su inferior, como en el caso en estudio.

Ahora si lo debatido es algún defecto de motivación del pliego de cargos ha debido identificar en qué consistió, particularmente, la anomalía y su incidencia en el fallo de condena.

3.3. Por último, en lo que respecta a esta censura, indica el abogado que la jurisprudencia de esta Sala es bien clara –en oposición al caso en examen-, cuando se trata de delitos como el de porte ilegal, pues la responsabilidad que se le pueda atribuir a una persona no puede inferirse sin sustento probatorio, faltando el elemento normativo del tipo, cual es portarla sin permiso de autoridad competente.

En primer lugar, se recaba que, del estudio atento de la actuación no se entrevé que los juzgadores hubieran deducido responsabilidad penal sin evidencia en la cual apoyarse. En

este sentido, es individual y genérica la apreciación del defensor, porque además, fuera de su aseveración, ningún elemento de juicio adicional aporta a su pretensión.

En segundo término, inobserva el recurrente lo expuesto por los juzgadores, en la medida que el punible aludido fue demostrado –gracias a la libre valoración de la prueba- a través de varios medios cognoscitivos, a los que les otorgaron total credibilidad, sin que sea dable, como en el fondo lo propone el casacionista, recurrir a una obsoleta tarifa probatoria abolida legislativamente en los últimos códigos adjetivos penales patrios.

Así mismo, concretamente, frente al elemento normativo del tipo penal de porte ilegal de armas: sin permiso de autoridad competente, el a quo lo encontró demostrado de la siguiente forma:

Ahora, si PINILLA RUBIANO, en su calidad de miembro de la Policía Nacional, no tenía asignado armamento alguno⁴³, ni tampoco había adquirido para la fecha de los acontecimientos –según la Vigésima Novena Brigada- arma de fuego como persona natural o jurídica⁴⁴, quiere decir que el arma esgrimida por el imputado de turno, no tenía amparo legal, no fue obtenido (sic) por el conducto regular, o en una palabra, no tenía permiso de autoridad competente para portarla, ingrediente que el mismo procesado admite dentro de su diligencia indagatoria, edificándose de manera categórica y nítida el delito atentatorio contra la seguridad pública, prescrito en el artículo 365 del C. Penal.⁴⁵

En ese orden, es manifiesto que el jurista vulnera el principio de corrección material al aseverar que los falladores profirieron condena sin tener ninguna base suasoria.

4. En relación con el tercer cargo, el cual fue propuesto por la senda del falso juicio de convicción, porque en criterio del abogado los fallos fueron soportados en prueba de referencia, más exactamente en punto de la declaración del padre del herido RAR, quien

realizó afirmaciones que no le constaban de manera directa, es clara la equivocación en punto de la ruta de ataque seleccionada, porque en el sistema de enjuiciamiento penal regido por la Ley 600 de 2000, no opera el concepto de prueba de referencia y, en esa medida, no cabría pregonar la existencia de la tarifa legal de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Además, es nítido que en el régimen procesal por el que se tramitó esta causa, nada impide la evaluación de los testimonios indirectos, siempre que aparezcan respaldados por otras probanzas, como sucede en este caso, precisamente en relación con quienes fueron testigos directos de la infracción penal.

4.1. Ahora, asegura el recurrente que su intención es atacar la declaración del amigo de la víctima, Alfredo Jiménez, «desde la inferencia lógica de la prueba indiciaria»⁴⁶, propuesta con la que una vez más, de manera precaria, salta a otra modalidad de reproche, concretamente, al error de hecho en el sentido de falso raciocinio, vulnerando nuevamente el postulado de autonomía que gobierna el recurso, toda vez que el yerro de convicción enunciado como soporte del cargo, corresponde a un error de derecho.

4.2. Asegura, asimismo, el letrado que AJ declaró que ni él ni el agredido emplearon ninguna sustancia alucinógena, pero en la historia clínica de la víctima se dijo todo lo contrario, que estaba alcohorado y había inhalado bóxer. Al respecto, el estudio del defensor ha debido tener como soporte los contenidos judiciales, para aproximar la demostración del cargo a una real sustentación del mismo, pues ambas providencias son específicas en señalar que no se acreditó que el consumo de tales sustancias hubieran podido afectar, determinadamente, la percepción de lo acontecido. Obsérvese, por ejemplo, qué sostuvo sobre el tema el juez unipersonal:

Ahora, si bien es verdad, tanto el ofendido como AJ, expresaron en sus respectivas declaraciones que no habían consumido licor o alguna droga que hubiera podido alterar

sus sentidos, sin embargo, en la historia clínica⁴⁷ merced a la atención que se le prestó al herido se consigna que el paciente estaba borracho y que había inhalado b6xer, empero, ninguna menci6n se hace a que esta eventualidad haya tenido incidencia en las esferas intelectual o sensorial, como para calificar como gratuitas o fantasmag6ricas sus incriminaciones. Resulta apropiado traer a colaci6n lo afirmado por el lesionado, respecto a la forma como lleg6 al Hospital donde inicialmente fue atendido. Tal como lo narra, una vez lesionado cay6 al suelo, al ver la motocicleta alejarse, se incorpor6, camin6 hasta la calle principal y all6 tom6 un taxi, que lo condujo hasta el Hospital Susana L6pez de Valencia (Hospital de V6as), procurando le prestaran la atenci6n debido y a fe que lo consigui6, de ello se extracta que el menor lesionado se encontraba en condiciones que le permit6an no solo valorar lo que suced6a, sino considerar sobre la seriedad de sus lesiones, actuaci6n de singular importancia para predicar que el joven se encontraba en condiciones que le permit6an hacer valoraciones serias de lo que suced6a en su entorno. (...)48

En el mismo sentido, el juez colegiado expres6:

Aunque se ha se6alado por algunos deponentes que el joven RAR(sic), ten6a problemas de drogadicci6n, y en efecto, la historia cl6nica entrega algunos elementos de juicio en esa direcci6n, la verdad es que la narraci6n por 6l entregada, rica en detalles y sin contradicciones intr6secas y extr6secas evidentes, acerca de la ocurrencia de los hechos, revela que no ten6a en la fecha de la referencia, alg6n grado de confusi6n mental que le impidiera aprehender el conocimiento de lo sucedido. Adem6s de que su dicho, concuerda con lo fundamental con el expuesto por su amigo AAJ, e incluso el resto del acervo probatorio.49

Partiendo de lo expuesto por el juez pluripersonal, se tiene que despu6s de lo precedente, esa judicatura realiz6 un examen de los testimonios de la v6ctima y de su amigo, y los sopes6 junto con el del procesado, para arribar a la conclusi6n de credibilidad

respecto de aquellos, desde luego, bajo la lupa de aceptar que sí habían ingerido bebidas embriagantes y sustancias tóxicas. Además, cuando el censor expone que «los jóvenes pudieron fantasear la realidad y por tanto atribuir una presunta conducta a alguien que tiene la fortuna de vivir en el sector»⁵⁰, es claro que se trata de un discurso que no pasa de ser un libre pensamiento de lo que pudo ocurrir, sin ninguna repercusión en la decisión cuestionada, y menos equiparable al vicio postulado, sobre todo, porque no se estableció que los juzgadores hubieran violado alguna ley de la experiencia, de la lógica o, particularmente, de la ciencia.

4.3. En el contexto del presente cargo, el recurrente aduce una serie de factores con respecto a los efectos a corto plazo de la ingesta de alucinógenos, para corroborar que ni la víctima ni su amigo tenían pleno dominio de sus facultades mentales para declarar. Ciertamente, el falso juicio de convicción es un error de derecho que ninguna relación tiene con la comprobación de una determinada teoría o, con la ruptura de las reglas de la sana crítica, pues, diferente a ello, consiste en dejar de otorgar a la prueba el mérito preestablecido en la ley o en asignar uno diverso al que aquella le atribuye.

Incluso, es bueno resaltar que este tipo de yerro actualmente goza de un alcance limitado por cuanto nuestro sistema procesal penal no es tarifado sino que se funda en la persuasión racional como método de apreciación y, en esa medida, son escasas las normas que le confieren algún grado específico de convicción a las pruebas, como ocurre, verbi gratia, con los informes de policía judicial, con los cuales no es factible dictar una sentencia condenatoria en contra de una persona.

4.4. Afirma el libelista que la duda es latente en la actuación porque no se corroboró el dicho de la víctima acerca del arribo del agredido con su amigo a la fiesta y, en ese sentido, se pregunta «por qué ni ellos ni el ente persecutor trajo en mención a alguno de los invitados para que corroboraran el decir de los quejosos»⁵¹. Aquí, sin mayores elucubraciones, es palmario que el litigante postula en el fondo una violación al

principio de investigación integral, que no formula ni mucho menos sustenta en debida forma, sino que la mezcla con el ataque elevado por falso juicio de convicción.

4.5. Sin mediar ninguna argumentación diferente, el abogado pasa a cuestionar «un indicio contingente»⁵², porque en su criterio los acontecimientos fueron narrados de manera «escueta, corta y en la misma se miente respecto al estado de los quejosos»⁵³.

En primer lugar, la vía casacional para desvirtuar las inferencias lógicas o la construcción indiciaria, que, en el caso de la especie, estuvo dada por la «convergencia de indicios de culpabilidad que se agitan dentro de la foliatura, indicios tales como: el de participación, mala justificación y el de móvil, que constituyen lo que se denomina prueba por concurso de indicios, apta (...) para llegar a la clase de certeza jurídica»⁵⁴, es la del falso raciocinio que jamás fue ni mencionado por el casacionista, en segundo término, si lo discutido es alguna insuficiencia en la motivación de la decisión impugnada, la senda adecuada es la de la nulidad y, tercero, de nuevo falta al principio de corrección material porque la verificación de los proveídos permite colegir que los juzgadores, en parte alguna, ignoraron el estado sensorial de la víctima al momento de los hechos, pues, por el contrario se apegaron a lo consignado en la historia clínica.

4.6. Finalmente, aduce el recurrente que el Tribunal nada dijo sobre que el procesado no estaba a la hora de los hechos en el sitio donde ocurrieron, «y por lo tanto no pudo realizar la conducta referida»⁵⁵. A lo sumo, se está ante un falso juicio de existencia por omisión probatoria que en ningún momento argumenta el defensor y que, en todo caso, quedaría desvirtuada si se examinan los argumentos del juez de conocimiento sobre ese preciso ítem, cuando expreso que:

Así, pues, como los traspiés en los que incurre la prueba de descargo son múltiples pero no

de poca monta; que PINILLA RUBANO (sic) vivía en el Retiro Alto, otros que su verdadero domicilio era en Galicia, que JULIO CESAR sí lo fue a dejar, otros que éste no fue, unos que tomaron cerveza otros que tomaron ron, unos que salió para Galicia a la 01:40 a.m., otros que a las 02:00 a.m., que a las 02:30 etc., etc., Etc., nos demuestran que, pese a todos los esfuerzos del bloque desinculpatario, no les fue posible concertar todos los detalles de modo, tiempo y lugar como para acreditar que PINILLA RUBIANO, no estuvo en la escena del crimen⁵⁶.

Así las cosas, los tres cargos formulados contra el fallo de segunda instancia, serán inadmitidos.

5. De la revisión del expediente se permite inferir que no se ha incurrido en notorias causales de nulidad ni en flagrantes violaciones de derechos fundamentales, razón por la cual la Corporación no puede penetrar de oficio al fondo del asunto.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por presentada por el defensor de Gustavo Alfredo Pinilla Rubiano, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán.

Segundo. Contra este proveído no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. folio 4 del cuaderno del Tribunal.

2 Cfr. folios 40-41 del cuaderno original 1.

3 Cfr. folios 109-116 ibidem.

4 Cfr. folio 164 ibidem.

5 Cfr. folios 181-201 ibidem.

6 Cfr. folios 219-239 ibidem.

7 Cfr. folio 247 del cuaderno original 2.

8 Cfr. folios 309-311 ibidem.

9 Cfr. folio 257 ibidem.

10 Cfr. folios 333-360 ibidem.

11 Cfr. folios 395-432 ibidem.

12 Cfr. folios 439; 442-458 ibidem.

13 Cfr. folios 3-30 del cuaderno del Tribunal.

14 Cfr. folio 40 ibidem.

15 Cfr. folios 49-62 ibidem.

16 Cfr. folios 68-70 ibidem.

17 Cfr. folio 50 ibidem.

18 Ibidem.

19 Cfr. folio 51 ibidem.

20 Explica las dimensiones, el concepto de varios juristas y del Comité de Derechos Humanos sobre el axioma en comento.

21 Cfr. folio 52 del cuaderno del Tribunal.

22 Cfr. folio 54 ibidem.

23 Cfr. folio 57 ibidem.

24 Ibidem.

25 Cfr. folio 59 ibidem.

26 Cfr. folio 60 ibidem.

27 Cfr. folios 60-61 ibidem.

28 Cfr. folio 61 ibidem.

29 Ibidem.

30 Ibidem.

31 Ibidem.

32 Cfr. folio 62 ibidem.

33 Cfr. folios 28-29 ibidem.

34 Cfr. folios 405-406 del cuaderno original 2.

35 Cfr. folios 22-23 del cuaderno del Tribunal.

36 Cfr. folio 52 ibidem.

37 Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.

38 El sujeto procesal que con su conducta no haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

39 Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito

que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

40 La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

41 La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.

42 Cfr. Folio 54 del cuaderno del Tribunal.

43 Folio 07 c. o. No. 1.

44 Folios (sic) 139 c. o. No. 1.

45 Cfr. folio 417 del cuaderno original 2.

46 Cfr. folio 59 ibidem.

47 Folios 77 c. o. No. 1.

48 Cfr. folio 412 del cuaderno original 2.

49 Cfr. folios 23-24 del cuaderno del Tribunal.

50 Cfr. folio 61 ibidem.

51 Ibidem.

52 Ibidem.

53 Ibidem.

54 Cfr. folios 417-418 del cuaderno original 2.

55 Cfr. folio 61 del cuaderno del Tribunal.

56 Cfr. folio 416 del cuaderno original 2.