

Fernando Alberto Castro Caballero

Magistrado ponente

AP5197-2018

Radicación No. 51573

(Aprobado Acta No. 400)

Bogotá, D.C., cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

La Sala procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO y PASTOR GUAJE BLANCO, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Valledupar, que confirmó con modificaciones el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad que los condenó como determinadores del delito de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

Los primeros fueron relacionados en el fallo, en los siguientes términos:

“se obtuvo información por parte de orgánicos de la SIJIN- DECES, Unidad Local de Valledupar, entre esos por MICHEL YES ID PEREZ CASTRO, que el día 11 de julio de 2012, a eso de las 9:00 de la mañana, el radio operador del Centro Automático de Despacho (C.D.A.) de la Policía Nacional, comunica que en el Corregimiento de Caracolicito, municipio de

Valledupar, habían atentado contra la humanidad de una persona que se movilizaba en un bus de la empresa COOTRACEGUA, distinguido luego con las placas UGD- 262, numero interno 4086, específicamente por parte de un pasajero que disparó contra una señora con un arma de fuego, por lo que las unidades de Policía Judicial de la SIJIN DECES se desplazan al lugar señalado a realizar la diligencia de Inspección a cadáver y demás averiguaciones.

Una vez en el sitio de los hechos, establecen que la occisa respondía al nombre de ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA, que residía en el corregimiento de Chimila, municipio de El Copey- Cesar, Finca Avianca, de propiedad de su compañero sentimental de nombre ABEL GUAJE VARCARCEL.

Los integrantes de la Unidad de Vida de la SIJIN DECES, allegan el informe de Investigador de Campo FPJ-11, informando que dentro de las pesquisas se habían allegado las entrevistas de los señores DARWIN ENRIQUE VELEZ OSORIO, quien indicó que el señor NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO, alias 'Aníbal" quien era amigo y visitaba la casa del padre de este, de nombre JUSTO PASTOR MONTERO, quien vivía en ese entonces con la señora SANDRA VERA, y esta a su vez tenía una hija llamada YUREINIS, que tenía una hija en común con TORRES CARRASQUERO. El señor DARWIN ENRIQUE VELEZ afirmó que cierto día se encontraba jugando un partido de fútbol con unos amigos en el parque el barrio Casimiro Maestre cuando llegó NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO y llamó a un muchacho que también se encontraba jugando, y escuchó cuando el recién llegado le daba detalles sobre el plan para asesinar a la señora ROSA ISABEL MOSQUERA; luego afirma que el mismo alias ANIBAL, lo había visto por la calle 35 del Barrio san Martin, hablando con un hombre gordo del cual supo que su nombre era PASTOR.

A NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO, alias "Anibal" se trajo por parte de la SIJIN DECES en declaración jurada y dentro de la misma ratificó que efectivamente los señores de quien supo que eran padre e hijo- PASTOR GUAJE BLANCO Y NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO, lo habían contratado para que acabase con la vida de la señora ROSA ISABEL MOSQUERA

QUIROGA, pero como no realizo el trabajo, le dieron la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) para que no dijera nada.

Las autoridades antes señaladas al enterarse de que la muerte de la señora ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA, se había dado por presuntos motivos económicos, pues como ella estaba pendiente de los bienes de este y se hacía necesario quitarla del camino, allegaron la declaración de MIGUEL ANGEL GUAJE BLANCO, hijo del señor ALBEL GUAJE VALCARCEL, quien indica que su hermano MAXIMILIANO GUAJE BLANCO había interpuesto una denuncia penal por el hurto de 160 semovientes de propiedad de su padre, de la Finca La Esperanza, ubicada en el corregimiento de Arjona, así como el hurto de 9 cheques de la cuenta corriente del Banco de Bogotá, Plaza Mercado, de los cuales habían cobrado 7 por valor de CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$47.630.000), sumado al hecho de que su señor padre, señalaba a NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO como responsable de la sustracción y cobro de estos cheques, al habérselo expresado la misma entidad crediticia cuando le dijeron que los cheques eran cobrados por personas que llegaban al banco con él y que incluso habían dejado constancia de ello en los propios títulos valores. Respecto a los semovientes hurtados, el señor MAXIMILIANO GUAJE también se dio a la tarea de averiguar con el corralero de la Finca donde pastaba el ganado, y que a su vez le manifestó que quienes habían sustraído los animales eran PASTOR Y NOÉ GUAJE, ante quienes acudió a reclamarle pero recibió amenazas como respuesta, por lo que también presentó denuncia por este delito” (Negrilla de texto).

Con fundamento en lo anterior y a solicitud del Delegado de la Fiscalía General de la Nación, el 07 de julio de 2013, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Valledupar, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, contra los señores NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO y PASTOR GUAJE BLANCO, como presuntos determinadores del delito de homicidio agravado en concurso con el punible de tráfico, fabricación o porte de

armas de fuego (arts. 103, 104-2, 4 y 7; y 365 del C.P.), cargos que rechazaron.

Presentado el respectivo escrito de acusación, el asunto fue asignado por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa ciudad, autoridad que el 21 de octubre y en sesiones del 28 de noviembre y 13 de diciembre 2013, respectivamente, adelantó las audiencias de formulación de acusación y preparatoria. Estado procesal este último en el que el juez cognoscente procedió a decretar algunas de las pruebas solicitadas por el ente acusador y excluyó otras.

Al pronunciarse frente al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar en providencia dictada el 04 de marzo de 2014, revocó la decisión impugnada:

“en cuanto a la negativa de acceder a decretar la incorporación al juicio oral de las declaraciones bajo juramento que fueron rendidas por Nivaldo Torres Carrasquero...y en su lugar la Sala dispone decretar la práctica de las citadas declaraciones y testimonios, para los fines que fueron solicitados por el representante de la Fiscalía”.

El 28 de abril de 2014 se instaló la audiencia de juicio oral y, agotado el debate probatorio, mediante sentencia fechada 08 de junio de 2016, los señores NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO y PASTOR GUAJE BLANCO fueron condenados a la pena principal de 37 años, 06 meses de prisión, y “accesoriamente a la inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual término de la pena principal impuesta”, como determinadores del delito de homicidio agravado. Igualmente, les fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena y cualquier otro beneficio.

De otra parte, se absolvió a los acusados de la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones.

Como quiera que contra la anterior decisión el defensor de los procesados interpuso recurso

de apelación, el expediente fue remitido al superior funcional para los fines legales pertinentes.

Entre tanto, el procesado NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO, apoyado en los artículos “58-56 del Código de Procedimiento Penal”, promovió recusación respecto del Magistrado Ponente de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar, al haber resuelto la impugnación elevada por el Delegado de la Fiscalía General “en la audiencia preparatoria”.

Agotado el procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004, la Sala de Conjuces de la citada Corporación Judicial, a través de la decisión proferida el 18 de julio de 2017, declaró infundada la recusación.

Similar suerte corrió la recusación formulada por el defensor del procesado GUAJE PINTO, con fundamento en el numeral 7º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Frente al recurso presentado contra el fallo condenatorio, el Tribunal Superior de Valledupar, el 17 de agosto de 2017, resolvió modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de fijar en 20 años la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás la decisión fue confirmada.

Contra esta determinación, el apoderado de los procesados presentó recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Está compuesta por cuatro censuras, cuyo alcance, en síntesis, es el siguiente:

Primer cargo:

El impugnante, con fundamento en el numeral 2º del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, denuncia que el juzgador de segunda instancia incurrió en “violación

directa de la ley sustancial” por desconocimiento del artículo 56 numerales 4º y 6º de la Ley 906 de 2004, en la medida en que la sentencia fue “dictada por quienes se encontraban impedidos para conocer el recurso de alzada”.

En aras de sustentar lo dicho, el censor, luego de hacer referencia a la decisión proferida el 04 de marzo de 2014, por medio de la cual el Tribunal Superior de Valledupar decidió revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, ordenó incorporar al juicio oral la declaración bajo juramento rendida por NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO, entre otras, y decretó la práctica de ciertas declaraciones y testimonios solicitados en la audiencia preparatoria por el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, señala que la imparcialidad se vio afectada por cuanto los Magistrados tenían pleno conocimiento de las pruebas descubiertas por el ente acusador y la teoría del caso, con la cual se pretendía demostrar, la responsabilidad de los procesados en los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Sostiene que se vulneró el debido proceso de forma sustancial porque el Tribunal debió declararse impedido para desatar el recurso de apelación contra el fallo en orden a garantizar a los procesados “tener un juicio imparcial y justo, por ello debe ser casada esta sentencia”.

Segundo cargo:

El demandante apoyado en la causal tercera de casación, acusa el fallo del Tribunal de haber incurrido en la violación indirecta de la ley sustancial “derivada de error de derecho por falso juicio de convicción”.

Lo anterior, porque sustentó sus juicios en la declaración que rindió el señor NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO y las entrevistas realizadas a los señores MIGUEL GUAJE BLANCO y MAXIMILIANO GUAJE BLANCO, con las denuncias que éstos aportaron por el presunto hurto de nueve cheques y un ganado; elementos probatorios éstos que no fueron introducidos al juicio oral, “pero no corroborados en cuanto a la declaración de MIGUEL

GUAJE y MAXIMILIANO GUAJE BLANCO, introducidos al juicio oral a través de los informes realizados por parte del Funcionario Judicial MARTÍN ELÍAS CÁCERES, luego la primera, se trata de pruebas de referencia y si bien dentro del juicio declararon otras personas:...sus dichos de manera directa sólo constituyen ‘elementos circunstanciales que pierden sentido y significado si no tienen la base de los testigos de referencia’”.

Precisa que la entrevista de NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO, entra al estadio procesal por el dicho de DARWIN ENRIQUE VÉLEZ OSORIO, quien afirma que cierto día se encontraba jugando un partido de fútbol con unos amigos en el parque del barrio Casimiro Maestre, cuando llegó NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO y llamó a un muchacho que también se encontraba jugando, y escuchó cuando el recién llegado le daba detalles sobre el plan para asesinar a la señora ROSA ISABEL MOSQUERA, “pero todos estos testigos fueron referenciales y no presenciales de los hechos, puesto que el autor principal, nunca ha aparecido; de esta forma se fundamentó la condena, por pruebas de referencia, lo cual se transgredió lo dispuesto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, solicita casar la sentencia para, en su lugar, dictar fallo absolutorio”.

Expresa que en la sentencia se dio pleno valor a la declaración rendida por TORRES CARRASQUERO, pero en su dicho no se permite el contradictorio, dado que ofrece un relato de oídas, sin que hubiera presenciado el suceso, tampoco participó en el mismo y no quedó claro que los procesados le hubieran confesado a él el crimen.

Luego de hacer mención a pruebas que obran en el expediente y otras que fueron excluidas, indica que “existió una teoría falaz y orquestada para inculpar a mis representados haciendo entender que el crimen era por motivos económicos”, para finalmente concluir que la sentencia está edificada bajo la errada apreciación del “testigo de referencia” NILVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO, con lo cual se incurre en el error de hecho de “falso juicio de identidad”, violando así la ley sustancial.

Critica que a partir de la declaración de la funcionaria del Banco Bogotá, MABEL LÓPEZ MARTÍNEZ, el Tribunal hiciera una serie de conjeturas derivadas del hurto de unos cheques, para demostrar que el móvil del homicidio fue por razones económicas.

Con base en lo expuesto, considera que el único remedio o solución procesal es “casar”, para restablecer las garantías constitucionales y legales violadas.

Tercer cargo:

Lo formula con fundamento en el numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

El censor sostiene que el fallador de segundo grado incurrió en “indebida aplicación de una norma de carácter legal, con el cual se dio pleno valor probatorio a la declaración jurada rendida por Nivaldo Alfonso Torres Carrasquero... Maximiliano Guaje Blanco, Miguel Ángel Guaje Blanco y Cindy Paola Cárdenas González, siendo que se había vulnerado el Art. 221, inciso 2º, Art. 347 de la Ley 906...”. De igual manera, añade, se vulneró el principio de presunción de inocencia porque desde el mismo momento en que los procesados fueron vinculados a la actuación penal, fueron señalados como determinadores del homicidio de ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA.

Agrega que el procedimiento adelantado el 1º de marzo de 2013 para tomar declaración juramentada a TORRES CARRASQUERO, fue irregular porque no se contó con la presencia de los Delegados del Ministerio Público y de la Fiscalía General de la Nación, ya que tan solo fue suscrita por cinco policías y su defensor, con la única finalidad de hacerse merecedor a beneficios por colaboración. Por lo anterior, el recurrente estima que se transgredieron los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 23 y 221 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, y a consecuencia de ello demanda la exclusión de esta prueba, esto es, “la declaración juramentada antes referida”.

Sostiene que como se trataba de un testigo y no de un informante, era obligatoria la

presencia del fiscal “con miras a un eventual interrogatorio”, por ende, no era menos cierto que la presencia del citado funcionario resultara irrelevante, máxime cuando sirvió de fundamento para librar orden de captura contra los procesados, mantenerlos vinculados como determinadores del homicidio de la señora ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA, así como para encausar la agravación del delito por motivos meramente económicos.

En esa medida, precisa que pese a que el artículo 205 del C.P.P. autoriza a los servidores judiciales como actos urgentes tomar entrevistas e interrogatorios, también lo es que debía hacerse con la presencia del fiscal o del Ministerio Público, luego, afirma, existió el vicio que trató de ocultar el Tribunal “al dar aplicación al principio general del derecho de instrumentalidad de las formas, habiendo vulnerado el derecho a los encausados, máxime si este testigo comparece como testigo de referencia, por lo que está demostrado plenamente el cargo”.

Cuarto cargo:

En esta oportunidad se apoya en el numeral 2º del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, para acusar la sentencia de haber incurrido en violación de los artículos 29, inciso 4º de la [Constitución Política](#) y 7º de la Ley 906 de 2004, “presunción de inocencia” e “in dubio pro reo”.

Para soportar la queja, señala que desde los inicios de la investigación se endilgó a los procesados su responsabilidad directa a título de determinadores en el homicidio agravado de la señora ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA y que los móviles del hecho fueron meramente económicos.

Señala que nunca se superó esta hipótesis delictiva, pese a que la defensa alegó lo contrario. En criterio del censor la sentencia se funda en simples conjeturas, ya que los falladores de instancia no valoraron el acervo probatorio.

Después de hacer referencia a las declaraciones de NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO y DARWIN ENRIQUE VÉLEZ OSORIO, concluye que la sentencia de segunda instancia “incurrió en la: 1.) Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso; 2.) Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes y 3.) El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”.

Con base en lo expuesto considera que lo único procedente es casar el fallo, para que la Corte emita una sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES:

1. El recurso de casación exige de quien lo invoca la demostración de la afectación de derechos o garantías fundamentales, lo que a su turno conlleva a que cuente con interés para impugnar, señale la causal de las taxativamente previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, desarrolle los cargos de sustentación del recurso y demuestre que es necesario el fallo de casación para cumplir alguno de los fines establecidos por el legislador en el artículo 180 de la referida normatividad, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia.

Válido es recordar que el libelo debe desarrollarse de acuerdo con los principios que regulan la casación, cuales son, el de sustentación suficiente, limitación, crítica vinculante, autonomía de las causales, coherencia, no exclusión y no contradicción. «Los dos primeros (sustentación suficiente y limitación), derivan del carácter dispositivo del recurso, e implican que la demanda debe bastarse a sí misma para propiciar la invalidación del fallo, y que la Corte no puede entrar a suplir sus vacíos, ni a corregir sus deficiencias.

El de crítica vinculante, presupone que la alegación debe fundarse en las causales previstas taxativamente por la misma normatividad, y que se somete a determinados requisitos de forma y contenido, dependiendo de la causal invocada. Y los de autonomía, coherencia, no exclusión y no contradicción, implican que el discurso debe mantener identidad temática, y ajustarse a los requerimientos básicos de lógica general y lógica jurídica». (CSJ AP, 17 jun. 2015, rad.45007)

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos fijados por la ley para acudir a la sede casacional, es suficiente para la inadmisión de la demanda, tal cual lo indica el artículo 184, inciso 2º ibíd., a menos que la Corte advierta la necesidad de un pronunciamiento de fondo atendiendo los fines del recurso, la fundamentación de los mismos, posición del impugnante o índole de la controversia.

Significa lo anterior, que dada la preponderancia de los fines del recurso extraordinario en la sistemática de la Ley 906 de 2004, aun cuando el libelo de casación no reúna los requisitos formales y sustanciales, la Corte puede superarlos y decidir de fondo el asunto si lo advierte necesario en orden a garantizarlos; y de igual forma, no obstante cumplir el libelo con tales exigencias, procede su inadmisión si no se precisa de un fallo de mérito.

Una vez clarificado lo anterior, se abordará el estudio de los reparos postulados por el impugnante contra la sentencia del Tribunal Superior de Valledupar.

2. Calificación de la demanda:

Primer cargo: - Violación directa Art. 56 CPP - “numeral segundo” del artículo 181 ibídem.

El defensor de los procesados denuncia que la sentencia del Tribunal incurrió en “violación directa de la ley sustancial” por cuanto dejó de aplicar el artículo 56 numerales 4º y 6º de la Ley 906 de 2004, lo cual condujo a que se afectara el “debido proceso”, porque fue

dictada “por quienes se encontraban impedidos para reconocer el recurso de alzada”.

Así como está planteada la censura, debe ser inadmitida, por cuanto se aparta de los presupuestos que rigen la declaratoria de las nulidades, al ser la causal segunda la que invoca, esto es, “Desconocimiento del debido proceso”.

En efecto, la nulidad invocada se puede demostrar por vía de la causal 1ª, porque en últimas la falta de aplicación de la norma que refiere -Art. 56- se soporta en la violación del debido proceso por transgresión de la garantía de un juez imparcial.

Lo anterior porque, si se observa el artículo 56 de la Ley 906 de 2004 si bien es una norma procesal, tiene efectos sustanciales, ya que al regular las instituciones relativas a los impedimentos y recusaciones, está orientada a salvaguardar la garantía constitucional de contar con un juez imparcial.

Además, demostrado está que el sustento de la presunta violación del debido proceso ya fue resuelta dentro de la actuación penal, de donde se infiere que lo que pretende el censor es abrir nuevamente el debate en torno a la recusación, sin que acredite que las razones que se tuvieron en cuenta para declararla infundada, sean equivocadas y, tampoco allegó elemento de juicio alguno diferente a los indicados al promover la citada pretensión, es decir, no demuestra la transgresión del debido proceso.

Efectivamente, la decisión a través de la cual el Tribunal Superior de Valledupar se pronunció frente al recurso de apelación interpuesto contra el pronunciamiento del Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa ciudad, que resolvió la solicitud de pruebas elevadas por la Fiscalía General de la Nación, fue proferida dentro del marco propio de sus deberes como superior funcional y, sin que allí se hubiere efectuado un examen valorativo de ninguno de los elementos materiales probatorios en ese momento excluidos, ni sobre la forma de ocurrencia de los hechos, la constatación de la conducta típica y antijurídica o la eventual responsabilidad de los acusados, lo que sin duda permite

concluir que el conocimiento previo que tuvieron los Magistrados no afectó su probidad e imparcialidad. (fls. 69 a 88 c. original 1).

En este punto no sobra señalar que al respecto, la jurisprudencia nacional tiene sentado que:

“...cuando esa intervención se produce por razones funcionales no puede configurar el impedimento que consagra la causal, salvo excepcionalmente cuando se ha anticipado un claro juicio de responsabilidad, ya que no se trata que el primer pronunciamiento emitido por la Corporación de instancia en ejercicio de sus funciones, automáticamente le genere impedimento para conocer más adelante del mismo proceso, como fallador de segundo grado”. (CSJ. AP, 16 feb. 2017. Radicado 49736).

Asimismo, para declarar infundada la recusación formulada por el procesado NOÉ DE JESÚS GUAJE BLANCO, la Sala de Conjuces del Tribunal Superior de Valledupar, fue clara al señalar que no encontró que se hubieran realizado “ejercicios de apreciación probatoria, ni pronunciamientos de fondo relacionados con el acontecer fáctico probatorio de la investigación, por lo que no se observa comprometida en materia alguna su imparcialidad”.

Así pues, se observa que en estricto sentido la simple alusión que el defensor hace del presunto impedimento que cobijaba al Tribunal Superior de Valledupar para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo condenatorio de primera instancia, no deja de ser una simple especulación sin soporte alguno, ya que no demostró de qué manera se afectó su imparcialidad para continuar fungiendo como juez de conocimiento en segunda instancia en el trámite del proceso que cursa contra los acusados GUAJE PINTO y GUAJE BLANCO, por lo que, de suyo, descarta la concurrencia de la irregularidad alegada.

Lo anterior hace evidente el desatino en la demostración de la censura de nulidad, puesto que se incumple con uno de los requisitos para alegar la causal en sede de casación, cual es,

la acreditación de la situación de hecho que soporta la violación del debido proceso.

Segundo cargo: – Causal 3ª “falso juicio de convicción”.

En esta oportunidad, el cargo promovido contra el Tribunal Superior de Valledupar, el demandante lo fundamenta en la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de convicción, dejando ver, en últimas, su inconformidad, con el valor probatorio que le dio el fallador al testimonio del señor NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO, especialmente, porque según su parecer la sentencia está edificada bajo la errada apreciación de ese “testigo de referencia”, transgrediéndose de esta manera, el “artículo 381 de la Ley 906 de 2004”.

Al respecto, se precisa que en cuanto al error de derecho por falso juicio de convicción, éste se circunscribe al tema de la tarifa legal, esto es, que la ley asigna determinado valor probatorio a ciertas pruebas, lo cual presupone que por voluntad del legislador a los elementos de juicio corresponde un valor demostrativo o de persuasión único, preestablecido y que no puede ser alterado por el intérprete.

Esta clase de error es de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, de manera que en principio no es posible para los jueces incurrir en errores de derecho por falso juicio de convicción, en la medida en que la normatividad no somete su raciocinio a evaluaciones probatorias predeterminadas.

Sin embargo, la norma procedimental de 2004 sí impone una tarifa legal en sentido negativo, al señalar que la sentencia condenatoria no puede fundarse únicamente en prueba de referencia –artículo 381 inciso 2-.

En caso de que el fallador desconozca esta prohibición y emita condena con base exclusivamente en pruebas de este tipo, el ataque en sede extraordinaria implica: i) acreditar que se acudió a medios de esta naturaleza para dar por desvirtuada la presunción

de inocencia; ii) identificar los medios cognoscitivos indebidamente justipreciados; ii) indicar el crédito otorgado a las probanzas; iii) señalar el valor fijado por la ley; iv) a partir del cotejo entre uno y otro, determinar su distanciamiento; v) establecer la trascendencia del error en el fallo, lo cual le imponía la carga de confrontarlo con el plexo probatorio sustento del fallo atacado y, (vi) puntualizar de qué forma se violó la ley sustancial, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. (CSJ AP. 5 abr 2017, rad.49280).

Ahora si la intención es la de acreditar que se admitió como prueba de referencia un medio de convicción al margen de los requisitos que prevé la ley para su admisión excepcional al juicio, artículo 438 del C.P.P., el camino debe ser el del falso juicio de legalidad, el cual se relaciona con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar el medio de convicción al juicio, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y formalidades exigidas para cada medio.

Este tipo de trasgresión al debido proceso entraña la apreciación material de la probanza por el juzgador, quien la acepta, no obstante haber sido aportada al trámite con violación de las formalidades legales para su aducción, o la rechaza porque a pesar de estar reunidos los requisitos para su incorporación, considera que los incumple.

Efectuadas las anteriores precisiones, de bulto se advierte el error manifiesto en el que incurre el demandante si se tiene en cuenta que conforme a las previsiones establecidas en el 437 de la Ley 906 de 2004, solo podría hablarse de prueba de referencia si los juzgadores hubieran valorado un testimonio rendido por fuera del juicio oral, (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

La situación descrita no se ajusta al caso en estudio porque contrario a lo señalado por el censor, demostrado está que en la audiencia de juicio oral adelantada el 12 de mayo de 2015, se escuchó la declaración, como testigo directo al señor NIVALDO ALFONSO TORRES

CARRASQUERO, quien relató la forma como fue contactado por los señores NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO y PASTOR GUAJE BLANCO, allí presentes, para terminar con la vida de la señora ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA, acuerdo que finalmente no se ejecutó, motivo por el que la defensa contó con la posibilidad de ejercer el derecho de confrontación.

Así pues, carecen de sustento las razones del demandante para demostrar que la sentencia se fundamenta exclusivamente en “prueba de referencia” y que por ello se desconoció el artículo 381, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, puesto que faltando al principio de corrección material, afirma que la declaración de TORRES CARRASQUERO se rindió por fuera del juicio, cuando en verdad esta persona compareció al juicio a declarar.

Oportuno resulta citar un aparte de la sentencia en la que el fallador de segundo grado, frente a lo que es objeto de reclamo, precisó que:

«6.- Para la Sala TORRES CARRASQUERO es testigo directo y excepcional de la celebración de un mandato criminal, en donde se estipuló el precio y la muerte violenta de ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA, así como otros requerimientos formulados por quién dijo ser jefe de sicarios de una organización delincriminal, como fue el sitio donde se realizaría el hecho (Valledupar) y la necesidad de que el encargo se le comunicara a su jefe, igualmente manifestó el testigo que no alcanzó a obtener el visto bueno de la organización en razón a que los señores GUAJE llevaron a cabo antes el homicidio de ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA.

7.- No es menos cierto que en el relato del testigo igualmente desfilan hechos que podrían considerarse de oídas, particularmente aquellos que dan cuenta de otros pactos similares, entre los señores GUAJE y otras personas quienes llevarían a cabo el mismo mandato; no obstante ello, en lo medular, tenemos que el testigo TORRES CARRASQUERO, ofrece un conocimiento directo adquirido a través de sus sentidos de la negociación que realizó con estos sujetos para dar muerte a ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA, así mismo informa que

se acercó a ellos, una vez ocurrido el hecho investigado, y éstos le aseguraron que habían llevado a cabo el delito con otra persona, finalmente que los procesados le dieron dinero por su silencio, hechos que sin duda, no pueden estimarse como afirma el recurrente, como un dicho de referencia, aserto que se encuentra alejado de la realidad procesal, pues se trata del testimonio de una persona que tal como se aprecia en su relato conoció de forma directa de visu et auditu los hechos que narró en el juicio oral».

En esa medida, la inconformidad en torno a la valoración de las pruebas, no debió encaminarse a demostrar un falso juicio de convicción, sino de raciocinio, con el fin de identificar el error en el que incurrió el fallador al apreciar el hecho indicador del que da cuenta el testimonio de NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO, cuando señala a NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO y PASTOR GUAJE BLANCO como las personas que lo contactaron para acabar con la vida de ROSA ISABEL MOSQUERA, pero que finalmente no se ejecutó el acuerdo, porque la víctima fue ultimada por otro sujeto.

Es decir, implicaba para el demandante indicar en forma objetiva qué dice el medio probatorio, cuál fue la inferencia a la que equivocadamente arribó el juzgador y cuál es la correcta, así como el mérito persuasivo otorgado y el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia que fue desconocida en el fallo, concretamente cuál fue el error del Tribunal al inferir, a partir del dicho de NIVALDO TORRES, que fueron los acusados quienes ordenaron la ejecución del homicidio de la víctima.

También correspondía al recurrente identificar la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada y la trascendencia del error en aras de establecer que de no haberse incurrido en el yerro aludido, el sentido de la sentencia habría sido sustancialmente opuesto a aquel contenido en la decisión atacada por vía del recurso extraordinario.

Frente a este censura, emerge claro que el recurrente se equivoca al elegir el error de

apreciación probatoria, que pretende demostrar, pues no era la vía de error de derecho por falso juicio de convicción, sino el error de hecho por falso raciocinio, cuyos presupuestos de adecuada fundamentación distan del yerro postulado, los cuales exigían la acreditación de una inadecuada construcción de la prueba indiciaria, cuestión que de forma alguna es abordada por el censor.

Tercer cargo: – Causal 1ª – Violación directa

Plantea el abogado defensor de los procesados NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO y PASTOR GUAJE BLANCO que el Tribunal incurrió en una violación directa a la ley, al dar pleno valor probatorio a las declaraciones juradas rendidas por “Nivaldo Alfonso Torres Carrasquero... Maximiliano Guaje Blanco, Miguel Ángel Guaje Blanco y Cindy Paola Cárdenas González, siendo que se había vulnerado el Art. 221, inciso 2º, Art. 347 de la Ley 906...”, lo que a su vez condujo a que se vulnerara el principio de presunción de inocencia. Además, porque el procedimiento para tomar las declaraciones fue irregular, pues, agrega el censor no se contó con la asistencia de los Delegados del Ministerio Público y de la Fiscalía General de la Nación.

Señalado el sentido de la censura, lo que se advierte en primer lugar, es el error en que incurre el demandante al seleccionar la causal de la violación directa de la ley sustancial, pues lo alegado es la defectuosa valoración probatoria, lo que a su juicio, considera dio origen al desconocimiento de la presunción de inocencia. En tales condiciones, es claro que el defensor ha debido formular el reproche a través de la causal tercera de violación indirecta de la ley sustancial.

Desde luego, como quiera que la violación directa de la ley sustancial, a la que acude el demandante, estriba en que no se discuten los hechos ni la valoración probatoria, sino que la crítica se hace en estricto derecho y, aquí como se dejó esbozado, el cuestionamiento es sobre las pruebas, de allí el desacierto del libelista al fundar su ataque en la causal

inicialmente aludida.

En concreto, en este caso se debe alegar, por razón de la causal de la violación indirecta de la ley sustancial denunciando si a ello se llegó en razón de “un error de hecho por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio, o de un error de derecho por falso juicio de convicción o falso juicio de legalidad, acredita[ndo] su trascendencia y señala[ndo] su corrección” (CSJ AP, 25 ene. 2005, rad. 22119).

Ahora, como se evidencia que lo discutido por el defensor de los procesados son yerros en el recaudo de la prueba, de esto se sigue que estaba alegando un falso juicio de legalidad, error frente al cual la jurisprudencia de la Sala ha señalado se presenta, “cuando el juzgador soporta la decisión en medios de conocimiento que se han aportado al proceso con violación de las formalidades legales, en cuya demostración el recurrente no puede eludir la carga de demostrar la irregularidad en la forma como se obtuvo, en la práctica de la misma o en su incorporación, precisando los requisitos que estando previstos en la ley se inobservaron” (AP5586-2017 30 agost. 2017, rad. 49900).

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que en esencia el impugnante alega, de un lado, el procedimiento irregular en la toma de las entrevistas por parte de Policía Judicial y de otro, el poder demostrativo asignado a la prueba testimonial.

En ese sentido, se tiene que frente al primer reproche, el Sargento de la Policía Nacional MARTÍN ELIAS CÁCERES PAZ, en sesión de audiencia de juicio oral adelantada el 12 de mayo de 2015, señaló las actividades que adelantó en cumplimiento de lo estatuido en el artículo 205 de la Ley 906 de 2004, una vez tuvo conocimiento del hecho en el que resultó ultimada la señora ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA, valga decir, que recepcionó las versiones de Nivaldo Alfonso Torres Carrasquero, Maximiliano Guaje Blanco, Miguel Ángel Guaje Blanco y Cindy Paola Cárdenas González, entre otros, sin que, contrario a lo señalado por el recurrente, en las actividades de campo adelantadas por Policía Judicial resultara necesaria

la presencia del Ministerio Público o de la Fiscalía General de la Nación, por ende, no es de recibo la solicitud de exclusión pretendida.

Lo anterior, porque los artículos 205 y 206 de la Ley 906 de 2004 exhortan para que una vez la policía judicial tenga conocimiento de la posible comisión de un delito proceda de manera inmediata a realizar todos los actos urgentes, entre ellos, entrevistas y/o declaraciones juramentadas, las cuales se recibirán de acuerdo con las formalidades previstas en la ley, sin que en ese estadio el legislador hubiera previsto la presencia de los Delegados Ministerio Público o de la Fiscalía General de la Nación, como requisito para la validez de la actuación.

Ahora, las normas que invoca el censor como trasgredidas, artículos 220 y 221 ibídem, cabe recordar que regulan la diligencia de registro y allanamiento, la cual solo podrá surtirse cuando existan motivos razonablemente fundados para establecer con verosimilitud la relación del bien inmueble con el delito investigado. Igualmente, que el requisito de los motivos fundados debe estar respaldado al menos en un informe de policía judicial o en la declaración de un testigo o informante, casos en los que el ordenamiento jurídico patrio prevé que “el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad”.

Así las cosas, en manera alguna los preceptos que se alegan vulnerados, reglamentan los actos urgentes que adelanta policía judicial, como por ejemplo la inspección al lugar de los hechos, inspección de cadáver y la recepción de entrevistas.

De otra parte, al margen de que el recurrente se equivoca al denunciar el desconocimiento del debido proceso probatorio, tal como se viene de evidenciar, incurre en otro desacierto en particular, al pregonar sobre la misma prueba falso raciocinio.

En efecto, en gracia a discusión, si hay una falta al debido proceso respecto de un determinado elemento de convicción -falso juicio de legalidad- no es posible que a la par se

discuta sobre la misma prueba falso raciocinio, pues con ello se desconoce el principio de no contradicción, ya que se exige que la denuncia de cada cuestión en cargo separado.

Ello es así, por cuanto en el falso raciocinio se predica que la prueba fue producida en debida forma, de modo que el reparo estriba en que de su contenido no se desprende lo señalado por el juzgador, vistas las reglas de la sana crítica, mientras que el falso juicio de legalidad desnuda defectos formales en la producción de la prueba.

No obstante el error formal evidenciado, con el cual se desconoce el principio de no contradicción, cabe precisar que distinto a lo que afirma el censor, lo cierto es que al respecto se debe hacer una precisión inicial.

Si bien el demandante se refiere a las entrevistas juramentadas de “Nivaldo Alfonso Torres Carrasquero... Maximiliano Guaje Blanco, Miguel Ángel Guaje Blanco y Cindy Paola Cárdenas González”, para afirmar, en últimas, que no han debido tenerse en cuenta por falencias en su recaudo, es del caso señalar que la prueba apreciada por el Tribunal fueron los testimonios vertidos personalmente en el juicio oral por los policiales Luis Armando Rivera Benavides y Martín Elías Cáceres, así como los de los señores Nivaldo Alfonso Torres Carrasquero, Mabel López Martínez, Luz Marina Rivero Cerchar, María Damaris Posada Jaramillo, José Domingo Remolino Ochoa y Cindy Paola Cárdenas González. Así las cosas, el cargo se inadmitirá.

Cuarto cargo: – Causal 2ª – Nulidad.

Formulado con apoyo en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante denuncia que el fallo del Tribunal fue proferido con desconocimiento de la “presunción de inocencia” y el principio “in dubio pro reo”, en la medida en que desde los inicios de la investigación se endilgó a los procesados la responsabilidad directa a título de determinadores en el homicidio de la señora ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA.

Luego de quejarse de la valoración probatoria, concluye que la sentencia de segunda instancia, incurrió en todas las causales de casación a que hace referencia el Código de Procedimiento Penal.

En últimas, su reclamación la soporta en que el Tribunal no valoró las pruebas y, sustentó el fallo en simples conjeturas.

En tales términos, tenía el deber de acreditar esta presunta irregularidad a partir de yerros en la motivación de la sentencia y, demostrar que la decisión carece de argumentación probatoria.

Con todo, en los términos señalados por el censor, lo cierto es que el Tribunal sí valoró todo el acervo probatorio y otorgó especial poder demostrativo a los testimonios de NIVALDO ALFONSO TORRES CARRASQUERO y MABEL LÓPEZ MARTÍNEZ, que junto con la prueba con la prueba documental allegada al plenario, sirvieron de soporte para concluir que: “no eran meras conjeturas como menciona el recurrente, sino la construcción lógica y razonable de unos hechos que desvelan como una verdad de a puño, la manera como se ideó y llevó a cabo la macabra y mezquina decisión adoptada en mala hora por los procesados PASTOR GUAJE BLANCO y NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO, quienes cegados por la avaricia y el odio decidieron dar muerte a la ciudadana ROSA ISABEL MOSQUERA QUIROGA, para ello determinaron a un sicario”. Cosa distinta es que el censor se encuentre en desacuerdo con el mérito asignado a los medios de convicción, lo cual no puede denunciarse a través de la causal de nulidad.

El demandante pretende, se favorezca a los procesados con la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo y, por tanto, que se les absuelva. Sin embargo, no realiza esfuerzo alguno orientado a demostrar algún error en la valoración de la prueba, habida cuenta de que el desacuerdo con la apreciación de los medios de convicción simplemente se soporta en una visión personal del recurrente, quien busca imponer su propia apreciación de las

pruebas.

Así las cosas, como quiera que el defensor no precisa los errores cometidos por el Tribunal al apreciar el material probatorio, el cargo debe ser inadmitido.

Huelga recordar que el fallo del Tribunal viene precedido por la doble presunción de acierto y legalidad. Por tal motivo, el convencimiento sobre su ilegalidad no se genera a partir de las personales apreciaciones jurídicas o probatorias del impugnante, por muy viables o plausibles que resulten, sino demostrando que el juicio del juzgador estuvo afectado por uno de los yerros fijados en la ley con incidencia en el sentido de la decisión, circunstancias que el censor se abstuvo de acreditar.

3. Para terminar, cabe precisar que atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de la misma, posición de la impugnante dentro del proceso e índole de las controversias planteadas, no se encuentra violación de garantías de incidencia sustancial ni procesal que deban ser protegidas oficiosamente y que conduzcan a superar los defectos de la demanda, por lo que se impone su inadmisión, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, corresponde advertir que contra la decisión de inadmitir la demanda únicamente procede el mecanismo de insistencia establecido en el inciso 2º del artículo anotado, en los términos señalados por la Corte en el auto del 12 de diciembre de 2005 dentro de la radicación 24322.

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

RESUELVE:

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el por el defensor de los procesados NOÉ DE JESÚS GUAJE PINTO y PASTOR GUAJE BLANCO.

2. ADVERTIR que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados por la Sala en relación con la inadmisión de la demanda.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria