

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada ponente

AP 6862-2014

Radicación N° 44437

(Aprobado Acta No. 385)

Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Verifica la Sala el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado FERNANDO MORA SÁNCHEZ contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Buga el 13 de junio del año en curso, por cuyo medio confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá el 6 de septiembre de la anualidad anterior que condenó al mencionado como determinador del delito de homicidio en la persona de Fernando Lemos Cortés y lo absolvió del mismo comportamiento, en grado de tentativa, en María Liliana Aguilera Sánchez, para en su lugar condenarlo como coautor de las dos conductas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros se compendiaron por el ad quem, de la siguiente forma:

El 22 de agosto de 2011, la Fiscalía Sexta Especializada presentó escrito de acusación contra FERNANDO MORA SÁNCHEZ alias 'El Tío' identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.368.479 y Jairo Antonio Vélez Guisao, alias 'El Zarco' identificado con la cédula de ciudadanía No. 94'355.606, por los hechos ocurridos el 12 de agosto de 2007 a eso de las 01:00 horas, en el municipio de Andalucía, al frente del parque principal, consistente en la muerte violenta por arma de fuego ocasionada por el menor de edad J.A.F.M.1 a Fernando Lemos Cortés, a quien le disparó a corta distancia, en la cabeza, instrumento bélico de propiedad del primero de los citados; también disparó contra su esposa la señora María Liliana Aguilera Rojas quien repelió el ataque con el arma de fuego del hoy occiso, logrando alcanzar al victimario, momento en que el segundo de los acusados, a quien reconoció porque lo conocía con anterioridad, comenzó a dispararle desde el parque, impactándola en dos ocasiones, a la altura de la rodilla y de la región glútea derecha. El mismo menor también lesionó al amigo de las dos víctimas, al señor Jorge Andrés Villafañe Silva en la región femoral de una de sus extremidades inferiores, quien estando herido recibió varios puntapiés del primero de los procesados hasta quedar inconsciente.

El menor, fue capturado en flagrancia, incautada el arma de fuego, siendo condenado por el Juzgado de Menores de Tuluá en el mes de Julio de 2008, decretándose el comiso del arma de fuego, un revólver calibre 38 IM53844 comprado por FERNANDO MORA SÁNCHEZ, el 2 de febrero de 2006 con salvoconducto No. 1162556, con vencimiento el 2 de febrero de 2009.

Los antecedentes de dicha agresión están fijados para el momento en que la pareja con su amigo se retiraban del parque de Andalucía, con sus dos menores hijos, una menor de cuatro años que dormía en la parte trasera de su vehículo Mazda y otro de trece meses que cargaba su progenitora. Momentos antes, el mismo menor infractor a quien tampoco conocían, se había acercado al hoy occiso para presentarle al señor FERNANDO MORA SÁNCHEZ alias 'El Tío' quien momentos antes había llegado al sitio en un Renault 4

descapotado, sin puertas. No hubo cruce de palabras, más allá que el comentario seguido de este sujeto, acerca de que él le caía mal a las personas; luego de lo cual se ubicó en el otro grupo que departía en el parque. En el instante en el que los pasajeros se sitúan al interior del rodante y su conductor Fernando Lemos Cortés estaba por hacerlo, el auto fue impactado por FERNANDO MORA SANCHEZ quien le había pasado el arma de fuego al menor de edad antes de subirse a su carro, el cual había dejado estacionado frente al de las víctimas. Luego de un primer impacto de frente, repitió el mismo por dos o tres veces más, daba reversa y volvía a chocar contra la parte delantera del automotor; esto ocasionó que el hoy occiso le lanzara un golpe y lo bajara del vehículo; instante en que el menor se acercó por detrás para poner el arma de fuego en la frente de Lemos Cortés y accionarla; posteriormente hizo lo propio con Jorge Villafañe y María Liliana Aguilera Rojas. La dama, cayó sobre el cuerpo de su esposo y le quitó el arma de fuego que llevaba en la cintura, siguiendo el desarrollo del acontecimiento, en las circunstancias inicialmente expuestas, cuando la primera aún tenía en sus brazos al menor de edad. El disparo ejecutado por el menor ingresó por su hombro izquierdo y salió por la región escapular derecha. El total de las lesiones, le ocasionaron una incapacidad definitiva de veinticinco (25) días y como secuela médico legal 'Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente'.

Es de anotar que la pareja, pertenecía a la Policía Nacional pero la competencia fue fijada en los Jueces Penales del Circuito porque el ente acusador concretó que la acción violenta se ejecutó de manera independiente a las funciones de ambos, quienes ese día se hallaban de civil en disfrute de unos días de descanso.

Por otro lado, se anotó que ambos procesados hacían parte de la banda criminal de Los Rastrojos.

El 23 de junio y el 3 de agosto de 2011, se llevaron a cabo audiencias preliminares, donde la Fiscalía, de forma independiente, formuló imputación, en su orden, a

FERNANDO MORA SÁNCHEZ por los delitos de homicidio agravado en concurso con homicidio agravado en grado de tentativa, y a Jairo Antonio Vélez Guisao por estas dos conductas más porte ilegal de armas, las cuales no aceptaron.

El 22 de agosto siguiente, el ente fiscal radicó escrito de acusación en contra de los mencionados de la siguiente forma: de MORA SANCHEZ como determinador de las mismas conductas imputadas (arts. 103 y 104-10 del Código Penal) y de Vélez Guisao por iguales delitos y porte ilegal de armas de fuego (art. 365 ibídem), cargos que ratificó en desarrollo de la audiencia de formulación celebrada el 14 de diciembre ulterior ante el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tuluá.

El mismo despacho judicial, una vez realizó las audiencias preparatoria y de juicio oral, profirió sentencia de primera instancia el 6 de septiembre de 2013, a través de la cual condenó al acusado MORA SÁNCHEZ a la pena principal de doscientos sesenta (260) meses de prisión, al hallarlo responsable, en calidad de determinador, del delito de homicidio en la persona de Fernando Lemos Cortés y a Vélez Guisao a la de ciento cincuenta (150) meses de prisión al encontrarlo responsable, como autor, del delito de homicidio en grado de tentativa del cual fue víctima María Liliana Aguilera Marín.

En la misma decisión, el a quo condenó a ambos a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad, al tiempo que absolvió al primero de los nombrados del delito de homicidio en grado de tentativa de María Liliana Aguilera Marín y, al segundo, del homicidio de Fernando Lemos Cortés y el porte ilegal de armas, negándoles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Inconformes con lo decidido, la impugnaron los representantes de Fiscalía y Ministerio Público, así como los defensores, motivo por el cual se pronunció el Tribunal Superior de

Buga el 13 de junio de la anualidad en curso en sentido de revocar la absolución dispuesta en favor de FERNANDO MORA SÁNCHEZ por el delito de homicidio en grado de tentativa para en su lugar condenarlo por esa ilicitud, por lo que fijó la pena en treinta (30) años y cuatro (4) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años; además, lo encontró responsable de las dos conductas atribuidas en calidad de coautor. En lo demás, dejó incólume el fallo impugnado.

Contra esta última determinación acude al recurso extraordinario de casación exclusivamente la defensa de MORA SÁNCHEZ, mediante libelo allegado oportunamente, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LA DEMANDA

Formula una censura con sustento en la causal tercera del artículo 181 del estatuto procesal penal, por violación indirecta de la ley sustancial derivada de falso juicio de identidad y falso raciocinio que condujo a aplicar indebidamente el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, referente al in dubio pro reo, a la vez, disiente de que su defendido haya sido condenado ya no como determinador sino como coautor de los punibles.

En cuanto atañe al primer yerro valorativo de la prueba, afirma que recae sobre las pruebas testimoniales de María Liliana Aguilera Rojas y Jorge Andrés Villafañe rendidas el 9 de octubre de 2012, esposa y amigo del occiso, respectivamente.

En el acápite siguiente de “determinación objetiva de lo que dicen los aludidos medios de convicción”, señala que a la primera en mención no le consta que el arma con la cual se dio muerte a su cónyuge y con la que también fue atacada, haya sido entregada por FERNANDO MORA SÁNCHEZ al menor autor material de las conductas, de modo que frente a ese aspecto “trata de engañar a la justicia al ubicarse como testigo de visu”, como así surge de las contradicciones en las que incurre e, incluso, de su

propio tono de voz, y por la indebida presión ejercida por el representante del Ministerio Público al interrogarla.

Su versión igualmente se explica, añade, por la gran aflicción que le produjo la muerte de su esposo y al haber sido víctima directa de la agresión, constituyendo su dicho “un modelo de cuidadosa arquitectura, con una buena fachada y muchos relieves y adornos en los arcos y el frontón superior. Pero sin cimientos, sin piedra ni argamasa en su base. Un edificio de cartón colocado a ras de tierra. Por eso el primer golpe de viento se lo lleva y lo destruye. De ahí la razón para que el juzgado se deslumbrara con ella, creyendo cándidamente en todo lo que dijo”.

Luego, transcribe in extenso apartes del fallo de segunda instancia, sin siquiera identificarlos, y resume fundamentos del de primera, para, acto seguido, indicar la “forma, sentido o contenido de la tergiversación”, donde como “posición de la defensa” expresa que está en desacuerdo con la condena contra su prohijado y la imputación a título de determinador, todo ello por cuanto, dice, se está ante una “verdad relativa”, pues “objetivamente no se pudo probar” su responsabilidad, amén de que “no está probado procesalmente que mi cliente mediante instigación, mandato, inducción, orden o convenio previo o cualquier otro medio idóneo hubiese ordenado la muerte de Lemos Cortés”.

La incorrección señalada es trascendente, alude después de ofrecer una extensa reconstrucción de los hechos, porque de no haberse incurrido en ella “la sentencia de segunda instancia hubiese sido de condena como lo fue aquella dictada por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Tuluá”; sin embargo, en el párrafo ulterior, indica que hubiera generado una “sentencia absolutoria”.

En relación con el falso raciocinio, advierte que se genera por desconocimiento de

reglas de la sana crítica “como son las reglas o máximas de la experiencia” en la apreciación del testimonio del facultativo de Medicina Legal Guillermo Anacona, a partir del cual se construyó un indicio contra su prohijado, recayendo concretamente en la inferencia lógica realizada por el ad quem.

Para el defensor, esta autoridad erró al “construir un enunciado con pretensiones de regla de la experiencia, sin serlo”, y con ello apuntalar la inferencia lógica que lo conduciría a considerar, bajo es yerro, que el acusado no fue quien causó la muerte del señor Fernando Lemos Cortés”.

El enunciado del Tribunal al que refiere, el cual reproduce de inmediato, es el siguiente: “...pero si se observa desde otra arista, que la menor no presenta temor o rechazo hacia su padre porque éste no fue quien llevó a cabo tales actos, a más porque todo menor cuando ha tenido un sufrimiento, máxime si hubo una ruptura himeneal, está en el momento que ocurrió debe haberse producido a la menor dolor, en consecuencia su actitud frente al causante así sea de mínima edad era o presentar repulsión hacia el responsable (sic)”.

Para el actor, la anterior regla diseñada por el Tribunal no se corresponde con prácticas colectivas y sociales; “por el contrario decir que a una hija de tres a seis años que no muestra repulsa hacia su padre, ello es indicativo de que él no fue el autor de las manipulaciones sexuales, es contrariar esos postulados doctrinarios, pues el padre pudo haberse ganado el afecto de su hija y por esa razón ésta ni muestra desagrado, y mientras esa posibilidad exista, dejará de ser una regla de la experiencia el enunciado del Tribunal”.

Frente a la trascendencia de dicho yerro, indica que si el ad quem no se hubiera equivocado en la forma señalada no habría inferido el estado de duda en favor de su protegido para absolverlo y, en su lugar, habría confirmado la condena de primer nivel.

En ese orden, deprecia, en el punto 2 de las “solicitudes” del libelo, casar la sentencia y, en su lugar, absolver a su prohijado “respecto del delito de homicidio simple imputado a él en calidad de determinador de la occisión del señor Fernando Lemos Cortés”. A su turno, en el punto 4 del mismo acápite, “casar la sentencia demandada y en su lugar declarar penalmente responsable al señor FERNANDO MORA como autor del delito definido en los arts. 103 y 104 del Código Penal vigente para la época de la conducta ilícita”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ha sido insistente esta Sala en pregonar que si bien la Ley 906 de 2004 amplió la cobertura para acceder al recurso de casación, pues a diferencia de los ordenamientos procesales anteriores es viable contra todo tipo de sentencias de segunda instancia “en los procesos adelantados por delitos”, sin que obre restricción en relación con la autoridad que la profiere y eliminarse la exigencia del quantum de pena del delito, ello por manera alguna significa que quien acuda a este medio de impugnación esté exento de satisfacer una serie de requisitos técnico jurídicos, básicamente de orden argumentativo, encaminados a la cabal comprensión de la propuesta.

En efecto, de conformidad con los artículos 183, modificado por el 98 de la Ley 1395 de 2010, y 184 de dicha normatividad, para que la demanda sea admitida es preciso acreditar interés para impugnar, señalar la causal, desarrollar los cargos de sustentación del recurso y demostrar la necesidad del fallo de casación en aras de materializar alguno de los fines establecidos para el recurso en el artículo 180, siendo ellos, 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.

Por ello, en la demanda, también se ha reiterado en correspondencia con

los preceptos legales referidos, el actor debe sujetarse a un rigor argumental, en tanto la propuesta debe ser concisa, suficiente, clara y trascendente, pues no le corresponde a la Sala, dado el carácter eminentemente rogado del recurso, ocuparse de confusos, contradictorios, ininteligibles o inocuos planteamientos.

Y es precisamente en este aspecto donde reside la primera falencia del libelo, pues en su exposición carece de claridad. Así, para empezar, en cuanto al número de cargos instaurados, pues aun cuando la estructura utilizada daría lugar a pensar que propone un único cargo en donde postula dos errores de valoración probatoria, de hecho por falso juicio de identidad y falso raciocinio, en su interior les asigna consecuencias individuales y distintas, ambos con la entidad de mutar el fallo en un sentido determinado, lo cual conduce a una conclusión contraria.

La misma falta de claridad se avizora en relación con su pretensión, hasta el punto que, incluso, como se transcribió en el apartado precedente, clama al mismo tiempo por la absolución de su defendido, unas veces total y otras exclusivamente frente al homicidio de Fernando Lemos Cortés, sin decir nada en torno a la tentativa de homicidio en María Liliana Aguilera Marín. Todavía peor cuando pregona condena en su contra como autor, dicho sea de paso sin exponer argumento alguno respaldando esa petición, y sin contar con legitimación para ello, pues, como lo tiene dicho la Sala, tal situación no reporta ningún perjuicio para su defendido, amén de que no se yergue lesiva del postulado de congruencia (CSJ, AP 11 sep. 2013, rad. 41795):

En este contexto, la Corporación ya ha señalado que los cambios que sucedan en torno al grado de participación, no constituyen una trasgresión al principio de congruencia. Por ejemplo, en un caso en el que se acusó como determinador y se condenó como autor se indicó:

‘La desarmonía jurídica es aparente, pues si los determinadores concurrieron a la ejecución

del hecho y mantuvieron el dominio del mismo, bien podrían ser calificados como verdaderos coautores materiales, como se hizo en la sentencia.

Finalmente, si se tiene en cuenta que se defendieron de los hechos que les fueron imputados, sin que se les hubiere sorprendido, que su situación no fue desmejorada y que la pena para los autores materiales y determinadores, conforme al artículo 23 del Código Penal entonces vigente, era la misma, se concluirá que en ningún vicio se incurrió' (Casación 11780 del 1º de agosto de 2002).

En otro pronunciamiento se dijo que tampoco se transgrede la congruencia cuando se acusa como coautor y se condena como cómplice, que aunque no es el caso, de todas formas implica un cambio en el grado de participación.

En la exposición del reparo se constata similar indeterminación en cuanto entremezcla todos los planteamientos señalados, resultando imposible establecer con diafanidad hacia donde apunta su inconformidad con el fallo. Aún más grave cuando en la fundamentación del error de hecho por falso raciocinio alude a una imputación fáctica por un delito contra la libertad sexual, cuya víctima al parecer es una menor de edad, que no es objeto de juzgamiento en este asunto; por lo mismo, recae sobre una prueba que no hace parte de esta actuación (testimonio del facultativo de Medicina Legal Guillermo Anacona, a partir del cual, dice el actor, se construyó un indicio de responsabilidad), razón por la cual no ameritará ningún comentario.

Las múltiples incorrecciones reseñadas por sí solas dan al traste con la posibilidad de admitir el libelo, por atentar, según ya se dijo, contra su cabal comprensión en detrimento de principios basilares de la actividad casacional orientados a conseguir demandas que satisfagan las exigencias argumentativas propias de este medio extraordinario de impugnación de naturaleza rogada, tales como los de sustentación suficiente, limitación, crítica vinculante, autonomía de las causales, coherencia,

no exclusión y no contradicción.

Los dos primeros principios (sustentación suficiente y limitación), consecuentes con el carácter dispositivo del recurso, implican que la demanda debe bastarse a sí misma para propiciar la invalidación del fallo al paso que la Corte no puede entrar a suplir sus vacíos, ni a corregir sus deficiencias.

El de crítica vinculante, por su parte, exige de la censura fundarse en las causales previstas taxativamente y someterse a determinados requisitos de forma y contenido dependiendo del motivo invocado. Y, conforme a los de autonomía, coherencia, no exclusión y no contradicción, sobre los cuales mucho ha insistido la Sala, se proyectan en el sentido de que el discurso debe mantener identidad temática y ajustarse a los requerimientos básicos de la lógica.

Ahora bien, en lo que toca con el falso juicio de identidad planteado en la censura, oportuno se ofrece evocar su naturaleza y forma correcta de postulación acorde con el criterio reiterado de la Sala, a fin de establecer si fue adecuadamente propuesto por el defensor de MORA SÁNCHEZ.

Este yerro se verifica cuando el juzgador tergiversa o distorsiona el contenido material de la prueba para hacerla decir lo que ella no expresa materialmente.

En esencia, se trata de un yerro de contemplación objetiva de la prueba que surge luego de confrontar su expresión material con lo consignado por el sentenciador acerca de ella, deformación que, además, debe recaer sobre prueba determinante frente a la decisión adoptada.

Desde esa perspectiva, resulta necesario para quien propone esta clase de error, ante todo, individualizar o concretar la prueba sobre la cual recae el supuesto yerro; luego, ha de evidenciar cómo fue apreciada por el fallador señalando de qué forma esa valoración

tergiversa o distorsiona su contenido material, esto es, puntualizando la supresión o agregación de su contexto real para de allí inferir que en realidad se alteró su sentido. Acto seguido, debe establecer la trascendencia del yerro frente a lo declarado en el fallo, es decir, concretar por qué la sentencia ha de mutarse a favor del demandante, ejercicio que lleva inmersa la obligación de demostrar por qué el fallo impugnado no se puede mantener con fundamento en las restantes pruebas que lo sustentan. Y, finalmente, se debe demostrar que con el defecto de apreciación se vulnera una ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida.

En la censura objeto de estudio si bien se identifican los medios de prueba sobre los cuales se genera, a saber, los testimonios de María Liliana Aguilera Rojas y Jorge Andrés Villafañe rendidas el 9 de octubre de 2012, cónyuge y amigo del occiso, no se desarrolla el falso juicio de identidad acorde con su naturaleza según los términos vistos, al limitarse a señalar de forma meramente enunciativa que fueron tergiversados por el fallador, sin indicar cuál parte de su contenido concreto fue cercenado o agregado.

A cambio de ello, el censor opta por transcribir de forma entremezclada extensos apartes de la sentencia de segunda instancia y resumir la de primera, para, a renglón seguido, exponer su íntimo criterio valorativo de la prueba; labor que circunscribe, además, al testimonio de Aguilera Rojas, pues en relación con el de Jorge Andrés Villafañe finalmente nada indica. De esa manera, tilda dicha declaración de falaz, contradictoria e inspirada exclusivamente en un comprensible afán vindicativo derivado de la muerte de su cónyuge y la agresión de que fue objeto, cuestionamientos que distan, como ya se vio, de la demostración inherente al error de apreciación probatoria invocado.

Tal actitud, encaminada simplemente a sobreponer su criterio personal al de las sentenciadores sobre el mérito de las probanzas, por demás, resulta inane en esta sede, por cuanto no consulta con el carácter extraordinario del recurso de casación en tanto no

constituye una tercera instancia habilitada para debatir abiertamente sobre la valoración de las probanzas fuera del marco de los errores de hecho por falsos juicios de existencia, identidad o raciocino o de derecho por falsos juicios de legalidad y convicción, únicos con la potestad, en esta materia, de derruir la doble presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo impugnado.

Corolario de las falencias advertidas, las cuales no pueden ser subsanadas por la Corte en virtud del principio de limitación que regula este medio extraordinario de impugnación, deviene forzosa la inadmisión del libelo, en atención a lo normado en los citados artículos 183 y 184 de la Ley 906 de 2004, debiendo enfatizar la Sala que ni del contenido de la demanda ni de la revisión del proceso surge la necesidad de superar tales defectos en procura de cumplir alguno de los fines del recurso extraordinario previstos en el artículo 180 ibídem, o que haga imprescindible activar la casación oficiosa.

Por último, en tanto contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el último artículo referido, impera precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para aplicar el referido instituto procesal, habrán de acatarse las reglas fijadas por la Sala en tal sentido².

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado FERNANDO MORA SÁNCHEZ, en virtud de las razones consignadas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 y, en los términos referidos en el acápite final de esta determinación, contra esta decisión procede la insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Como esta providencia puede ser publicada, se omite el nombre del menor, de conformidad con lo normado en el numeral 8° del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

2 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.