

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

SP3459-2016

Radicación no. 37504

Aprobado Acta No. 80

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados Rafael Antonio Peláez Castaño y Edwin Alejandro Tafur Córdoba, contra la sentencia condenatoria del 27 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó la emitida el 31 de enero del mismo año por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de esa ciudad por el delito de homicidio simple, en concurso con dos homicidios simples imperfectos y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado, con la única modificación relativa al monto de la pena privativa de la libertad impuesta, que aumentó a setecientos veinte (720) meses de prisión, en razón de concurrir la causal de agravación prevista en el artículo 104, numeral 4°, del Código Penal.

HECHOS

Fueron narrados por los funcionarios de instancia, en los siguientes términos:

“...El día 25 de septiembre de 2009, aproximadamente a las 21:25 horas, el señor CARLOS MARIO LOPERA FERNANDEZ se encontraba laborando, conduciendo el taxi de placas TPQ 361. Cuando avanzaba por la calle conocida por el nombre de LA BATEA, dos jóvenes le solicitaron una carrera con destino al parque de VILLA HERMOSA; uno de ellos OSMAN ANDRES NOVOA SALDARRIAGA, a quien el taxista conocía de tiempo atrás y el otro JOSE DARIO CASTRILLON. OSMAN ANDRÉS ocupó el puesto de adelante al lado del conductor, mientras que JOSE DARIO se ubicó en el asiento posterior del vehículo. Apenas el taxi inició la marcha, sorpresivamente apareció una motocicleta con dos personas, quienes procedieron a disparar con arma de fuego, en contra de sus ocupantes. En el hecho intervinieron otras personas a bordo de vehículos diferentes. El conductor, LOPERA FERNÁNDEZ, resultó impactado en una de sus extremidades y en la espalda. NOVOA SANDARRIAGA resultó herido en el abdomen y el tórax, no obstante, logró bajarse del automotor, logrando guarecerse del ataque. Por su parte GARCÍA CASTILLÓN recibió un número plural de heridas en diferentes partes del cuerpo; fue llevado a un centro asistencial, pero llegó sin vida.

Desde las primeras indagaciones el testigo directo señaló como presuntos autores de estas conductas delictivas a los jóvenes RAFAEL ANTONIO PELAEZ, alias “LA VACA”, EDWIN ALEJANDRO TAFUR alias “PEPONCA” y DANIEL MONTOYA SÁNCHEZ alias “DANIEL ARETES”, integrantes del combo delincuencia denominados “LA ROJA”, que opera en el barrio VILLA HERMOSA de Medellín. Estos hechos se atribuyen a disputas territoriales entre las bandas que delinquen en el sector. Dentro de los hechos relevantes de la fiscalía, se menciona un episodio ocurrido el 7 de Noviembre de 2009, cuando unidades de la policía judicial de la SIJIN-MEVAL desarrollaban labores de verificaciones en el barrio VILLA HERMOSA tendientes a ubicar las residencias de los presuntos responsables, con miras a efectuar diligencias de allanamiento y registro con fines de captura.

Allí, en el barrio VILLA HERMOSA, los miembros de la policía judicial, que se transportaban en un vehículo oficial marca Renault Clío, fueron abaleados, y entre los agresores se encontraba alias "PEPONCA" y alias "LA VACA", quienes previamente a los disparos habían sido reconocidos por OSMAN ANDRES NOVOA SALDARRIAGA, toda vez que éste también iba dentro del vehículo precisamente para colaborar con la ubicación de las residencias de estas personas...".

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los anteriores acontecimientos, el Juzgado Treinta Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín expidió orden de captura contra Rafael Antonio Peláez Castaño, alias "La Vaca" y Edwin Alejandro Tafur Córdoba alias "Peponca", la cual se hizo efectiva el 7 de noviembre de 2009 respecto del primero, mientras que Tafur Córdoba fue aprehendido el 9 de enero de 2010.

El 8 de noviembre de 2009 se realizó la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Rafael Antonio Peláez, oportunidad en que se le imputaron los punibles de homicidio agravado, doble homicidio agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por los cuales se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Posteriormente, el 9 de diciembre de 2009 la Fiscalía presentó el respectivo escrito de acusación en contra de Peláez Castaño.

De otra parte, el 9 de enero de 2010 se logró la captura de Edwin Alejandro Tafur Córdoba, y el mismo día se cumplió la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en su contra,

como presunto responsable de los delitos en mención.

El 22 de enero de 2010, la Fiscalía presentó escrito de acusación respecto de Tafur Córdoba.

La audiencia de acusación en contra de los dos imputados se realizó de manera conjunta el 11 de febrero de 2010 ante el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, donde se mantuvo la incriminación por los delitos imputados.

El 8 de marzo de 2010 se cumplió la audiencia preparatoria, y el juicio oral tuvo lugar en sesiones verificadas el 3, 4, 5 y 10 de mayo; el 2 y 13 de julio y el 10 de agosto de 2010.

El 31 de enero de 2011 se emitió la sentencia de primera instancia, mediante la cual se condenó a Rafael Antonio Peláez y Edwin Alejandro Tafur Córdoba a la pena principal de cuatrocientos sesenta (460) meses de prisión como responsables del delito de homicidio simple, en concurso con dos homicidios simples imperfectos y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado, al igual que a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso de veinte (20) años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por quince (15) años.

Impugnado en apelación el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Medellín lo modificó en el sentido de incrementar la pena privativa de la libertad impuesta a setecientos veinte (720) meses de prisión, en razón de la causal de agravación prevista en el artículo 104, numeral 4°, del Código Penal. En todo lo demás, la sentencia fue confirmada.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. Segundo cargo formulado en representación de Rafael Antonio Peláez

Castaño, único admitido por la Sala en relación con este demandante.

Denuncia el demandante la estructuración de un error de derecho por falso juicio de convicción, por cuanto, en su opinión, "...toda la prueba utilizada por el Tribunal Superior de Medellín para condenar en términos de responsabilidad, es de referencia...", eventualidad que constituye una violación de la denominada "...tarifa legal negativa...", que prohíbe emitir fallo de condena con fundamento exclusivo en prueba de esa característica.

Luego de transcribir los fundamentos expuestos en el fallo de primera instancia para sustentar la decisión de condena, reseñó y discriminó las pruebas aducidas por la fiscalía en apoyo de su teoría del caso, para finalmente concluir que en su integridad se trata de pruebas de referencia.

Afirma que la trascendencia de la irregularidad denunciada radica en la vulneración grave y flagrante del derecho material a la libertad de su defendido, originada en una sentencia injusta basada exclusivamente en prueba como la señalada.

2. Demanda instaurada en nombre de Edwin Alejandro Tafur Córdoba

Con sustento en la causal segunda a que se contrae el artículo 181 de la ley 906 de 2004, se denuncia la violación del debido proceso por afectación sustancial de su estructura.

Para el censor, el vicio se presenta en razón a que en la acusación no se precisaron con tipicidad cierta, clara e inequívoca los hechos, es decir, no hay tipicidad estricta en cuanto se relaciona con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 104, numeral 4°, del Código Penal, toda vez que, contrario a lo sostenido por el Tribunal Superior en el fallo impugnado, en la acusación la Fiscalía en ningún momento aclaró "...que no se daba el homicidio por precio o promesa remuneratoria, sino por motivos fútiles o abyectos...".

Sólo en el curso del juicio oral hizo alusión el Fiscal al “motivo fútil” cuando presentó su teoría del caso, pero “...sigue ubicando genéricamente la conducta en el numeral 4° del artículo 104...”, por lo cual considera que no existe claridad en torno a la imputación jurídica, ya que no es factible aducir la presencia de analogía “...en las enumeraciones de la citada circunstancia de agravación...”.

Explica que para negar la aplicación de la causal de agravación en cuestión, el juez de primer grado resaltó que la fiscalía anunció que los ejecutores del hecho actuaron movidos por el ánimo de obtener el dominio territorial en el barrio Villa Hermosa y por ende ejercer el monopolio de la venta de estupefacientes y el cobro de vacunas en ese sector, eventualidad que en sentir de dicho funcionario en manera alguna puede calificarse como un motivo nimio o sin importancia, pues si bien tales comportamientos son rechazados por la comunidad, ello no resta importancia “...a la razón que compele a los integrantes de las bandas a enfrentarse de esa manera tan violenta. Quiérase o no, para los miembros de las bandas delictivas obtener el dominio territorial les representa grandes ventajas, entre ellas las derivadas del tráfico de estupefacientes o el cobro de peajes o impuestos a quienes por necesidad tienen que traspasar las fronteras imaginarias...”.

Resalta el libelista que, por el contrario, el juzgador de segundo grado estimó que las razones para la ejecución de los delitos obedecen a “...circunstancias sociales jurídicas y rastreras...”, con fundamento en lo cual considera que concurre un motivo abyecto.

Afirma que no sólo la Fiscalía omitió delimitar de manera estricta la imputación fáctica, sino que además el Tribunal Superior, sin ser ello cierto, sostuvo que el representante del ente acusador se refirió a que concurría en este evento el motivo abyecto o fútil, aspectos que no se reflejan en las acciones descritas.

Destaca que la acusación constituye presupuesto y límite del juzgamiento, en cuanto allí tiene lugar la imputación fáctica y jurídica al imputado, de modo que el

juez está obligado a dictar sentencia en consonancia con los cargos formulados, y agrega que "...la necesaria armonía que debe existir entre la manifestación de la pretensión punitiva del Estado-jurisdicción, reflejada en los cargos formulados en la acusación y la sentencia, es una garantía que está ínsita en la matriz del debido proceso, por cuanto aquellos constituyen un marco conceptual conforme al cual se va a realizar la confrontación entre el titular de la acusación y la defensa...".

Sostiene que el juez está obligado a dictar sentencia en consonancia con los cargos formulados en la acusación, y en consecuencia no puede condenar por imputaciones diversas a las allí señaladas "...y si en ésta no se concretan, especifican y señalan en forma estricta no podrán ser tenidas en cuenta en la sentencia, para agravar la conducta pues jamás podrían vulnerarse los derechos de los imputados, cambiándoseles las reglas de juego en la declaración de responsabilidad, al adicionar circunstancias específicas de agravación punitivas genéricamente aducidas...".

Con apoyo en la transcripción de la opinión de algunos doctrinantes en torno al alcance de la causal de agravación en mención, explica que los supuestos fácticos que configuran cada una de las diversas eventualidades allí previstas son esencialmente distintas, motivo por el cual no pueden confundirse en un mismo marco ontológico.

Aduce que la trascendencia de la irregularidad denunciada es evidente, por cuanto, de no haberse presentado, el Tribunal habría concluido que la deducción de la circunstancia específica de agravación del homicidio y de la doble tentativa de homicidio fue equivocada, lo cual condujo a la aplicación de una pena mayor a la que realmente corresponde, evento que representa una clara afectación de su derecho fundamental al debido proceso.

Solicita en consecuencia a la Corte Suprema de Justicia, casar parcialmente la sentencia impugnada para excluir la causal de agravación irregularmente aplicada y en su lugar

confirmar la pena impuesta por el a quo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El defensor de Rafael Antonio Peláez Castaño ratificó los argumentos esgrimidos en su escrito de demanda y reiteró su pedimento.

Califica de exótico el tratamiento dado por el Tribunal Superior al testimonio de Osman Andrés Novoa Saldarriaga en el sentido de considerarlo directo y con fundamento en el mismo emitir fallo de condena, planteamiento que se opone a lo expresado por la Sala de Casación Penal en reiterada jurisprudencia, especialmente en el pronunciamiento emitido en sede de casación el 27 de febrero de 2013, radicado 38773, donde se aclara todo el tema referente a la prueba de referencia y su admisibilidad excepcional.

Se refirió a la falta de actividad de la Fiscalía en cuanto no entregó al Juez elementos y evidencia probatoria que tuvieran un sentido trascendente para soportar un fallo de condena.

Insiste que se estructuró un error de derecho por falso juicio de convicción por la violación de la denominada "...tarifa legal negativa...", que prohíbe emitir fallo de condena con fundamento exclusivo en prueba de referencia.

2. Por su parte el defensor de Edwin Alejandro Tafur Córdoba reitera lo expuesto en la demanda, haciendo especial énfasis respecto a que el Tribunal Superior vulneró el principio de corrección material, en cuanto apoyó su pronunciamiento en razones, fundamentos y contenidos distintos a la actuación procesal, cuando afirma que la Fiscalía aclaró dentro del escrito de acusación y en los alegatos de conclusión que no se daba el homicidio por precio o promesa remuneratoria, sino por motivos fútiles o abyectos, cuando lo cierto es que en ninguna parte de dichas intervenciones expresamente el delegado de la Fiscalía hizo mención a tales aspectos, ya que la acusación fue genérica

y abstracta, invocando únicamente el numeral 4º del artículo 104 y el 103 del Código Penal.

Sólo en los alegatos de conclusión invoca la Fiscalía el motivo fútil, pero a su vez el Tribunal condena por motivo abyecto, sin que ese fragmento de la realidad de ocurrencia de los hechos hubiere sido delimitado en lenguaje comprensible por circunstancias de tiempo, modo, lugar y persona, de manera tal que los acusados supieran cual era la causal específica de agravación que les era atribuida.

Solicita en consecuencia a la Corte Suprema de Justicia, casar parcialmente la sentencia impugnada para excluir la causal de agravación irregularmente aplicada y en su lugar confirmar la pena impuesta por el a quo.

3. El Fiscal Quinto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia sostuvo que acertó la Sala al admitir la demanda instaurada en representación de Edwin Alejandro Tafur Córdoba, en cuanto le asiste razón al defensor en su reparo a la sentencia del Tribunal Superior, toda vez que desde las instancias se admitió que existieron falencias en torno a la estricta tipicidad en la acusación sobre la causal específica de agravación del homicidio prevista en el numeral 4º, artículo 104, del Código Penal.

Lo anterior en cuanto en el escrito de acusación se imputó a los indiciados el delito de homicidio agravado consumado y tentado, pero respecto de la causal de agravación únicamente se citó la norma en cuestión, sin que se hiciera la más mínima mención respecto a si el homicidio se cometió por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

Sólo se hizo una escueta mención respecto a que el comportamiento delictivo tuvo lugar por enfrentamientos entre bandas delincuenciales que operan en el lugar por el monopolio de la venta de estupefacientes y vacunas a comerciantes, mientras que en la teoría del caso y en el alegato de conclusión se dijo que el móvil de la conducta lo

constituía el enfrentamiento entre bandas delincuenciales que obedecían “...a nimiedades o bobadas...”, es decir por motivo abyecto o fútil.

Aduce que comparte la argumentación del juez de primer grado en cuanto a que las víctimas no fueron agredidas por cruzar una frontera imaginaria o ficta, motivo que eventualmente podría calificarse de fútil, sino en razón a los enfrentamientos por el dominio territorial, motivo que en manera alguna puede catalogarse como fútil, por lo cual califica de acertada su decisión de excluir la causal de agravación imputada.

Resalta que igualmente el Tribunal Superior de Medellín acepta que a los acusados no les fue atribuida ninguna modalidad en concreto de las previstas en el numeral 4º del artículo 104, eventualidad que le llevó a examinar cada una de las opciones allí previstas, para concluir que el móvil de los delitos de homicidio fue el que se traspasaran las fronteras imaginarias a que se hizo referencia, pero sin mencionar las pruebas en que fundamenta dicha afirmación, lo que le llevó a concluir que no se acreditó en la actuación la concurrencia de la mencionada causal de agravación punitiva, de modo que solicitó a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada y en consecuencia excluir el incremento punitivo para los delitos de homicidio deducido por el Tribunal Superior, determinación extensiva al otro sentenciado.

En cuanto se relaciona con el cargo segundo de la demanda instaurada en nombre de Rafael Antonio Peláez Castaño, sostuvo que el reproche carece de fundamentación, toda vez que si bien el testigo Osman Andrés Novoa Saldarriaga no compareció al juicio en razón de haber sido asesinado días antes de su inicio, lo cierto es que la decisión de condena descansa sobre una pluralidad de pruebas tanto directas como indirectas que respaldaron las afirmaciones que hiciera en las entrevistas por él rendidas, en las que señaló a los acusados como los autores de las conductas punibles que originaron la presente actuación.

Mencionó en calidad de pruebas que respaldaban los señalamientos las siguientes:

El testimonio del Teniente Coronel de la Policía Nacional José Armando Serpa, quien afirmó que en ese sector se presentaban disputas entre bandas a las cuales pertenecían tanto los acusados como las víctimas.

-. El testimonio de la Procuradora Delegada quien presenció el reconocimiento fotográfico realizado por el testigo víctima Osman Andrés Novoa Saldarriaga;

-. Los testimonios de la Notaria encargada de Envigado y de su Secretaria, que permitieron evidenciar la ilegalidad con que se quiso introducir al juicio un anexo previamente elaborado con el ánimo de preconstituir una declaración extra juicio supuestamente rendida por el testigo víctima Novoa Saldarriaga en la cual se retractaba de las afirmaciones hechas en entrevistas precedentes;

-. El indicio de capacidad para delinquir en atención a la logística de que disponían los autores para cometer el delito, quienes utilizaron un número plural de armas y de vehículos, circunstancias que fueron comprobadas con hechos estipulados y pruebas acopiadas como el dictamen y testimonio rendido por profesional en balística;

-. El indicio de móvil derivado del enfrentamiento entre las bandas a las que pertenecían los procesados y las víctimas por obtener el dominio territorial en el lugar de los acontecimientos;

-. El indicio de conducta posterior elaborado a partir del ataque del que nuevamente fue víctima Novoa Saldarriaga, cuando junto con el intendente Julio Cesar Alzate Morales se aprestaban a mostrar a los investigadores la ubicación de las residencias de sus agresores, oportunidad en que Peláez Castaño arremete con disparos de arma de fuego contra el vehículo oficial en que se transportaban, lo cual a juicio del juzgador de segundo grado permitía inferir que los miembros de la banda la roja

continuaban con el firme propósito de acabar con la existencia de Novoa Saldarriaga;

-. El indicio de amenazas construido a partir de la captura de Rafael Antonio Peláez Castaño, momento a partir del cual el testigo víctima Osman Andrés Novoa Saldarriaga, según lo manifestado por su progenitora Dora María Saldarriaga, comenzó a recibir llamadas telefónicas amenazantes hechas por Peláez Castaño desde la cárcel de Bellavista, quien le manifestaba "...que le quitara esa denuncia, que si era hombre que se mataran en la calle...", amenazas extensivas a Dora María y a su hija, motivo por el cual se vieron obligadas a cambiar de residencia, pese a lo cual pocos días antes de comenzar el juicio donde Osman Andrés Novoa Saldarriaga comparecería como testigo fue asesinado.

Concluye que dichas pruebas, valoradas de manera individual y en conjunto, llevaron a los jueces de instancia a inferir de manera razonable que los acusados son responsables de los delitos que le fueran endilgados, motivo por el cual no corresponde a la realidad que la sentencia de condena se haya fundamentado de manera exclusiva en prueba de referencia, por lo cual solicita a la Corte desestimar la censura instaurada por el defensor de Rafael Antonio Peláez Castaño, precisando que no es cierto que la entrevista de Osman Andrés Novoa Saldarriaga hubiere sido catalogada como prueba directa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Precisión inicial

Como la demanda presentada por el apoderado de Edwin Alejandro Tafur Córdoba y la segunda censura de la demanda instaurada en representación de Rafael Antonio Peláez Castaño fueron declaradas desde un punto de vista formal ajustadas a derecho, la Sala tiene el deber de resolver de fondo los problemas jurídicos

planteados, en armonía con las funciones de la casación de buscar la eficacia del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, tal como lo estipula el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Para ello, la Corte tendrá que desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las diversas aserciones empleadas por sus interlocutores, de suerte que se referirá a cada postura desde la perspectiva jurídica más coherente y racional posible.

2. Cargo Segundo de la demanda presentada en representación de Rafael Antonio Peláez Castaño.

Denuncia el demandante la estructuración de un error de derecho por falso juicio de convicción, por cuanto, en su opinión, "...toda la prueba utilizada por el Tribunal Superior de Medellín para condenar en términos de responsabilidad, es de referencia...", eventualidad que constituye una violación de la denominada "...tarifa legal negativa...", que prohíbe emitir fallo de condena con fundamento exclusivo en prueba de esa característica.

Efectivamente, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido casi en su totalidad la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna, correspondiendo al demandante, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su trasgresión. El falso juicio de legalidad que en este caso denuncia el casacionista, se presenta en el momento de valoración de la prueba.

El artículo 437 de la Ley 906 de 2005 define la prueba de referencia como toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o

varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Según el precepto siguiente, será admisible, únicamente, cuando el declarante:

i) manifieste bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha información;

ii) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;

iii) padece de una grave enfermedad que le impide declarar; o,

iv) ha fallecido. También se acepta la prueba de referencia "...cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos...".

Por su parte, el artículo 381 de la citada codificación señala que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. Precisa, además, que "...la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia...", es decir, que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto.

Se admite, igualmente, que dadas las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos, es necesario que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, consagrándose

así, en el citado artículo 381, una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción.

Respecto de la prueba de referencia, esta Corporación en sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicado 25.920, precisó que:

“...La prueba de referencia es, quizá, una de las temáticas más controversiales del derecho actual, tanto en el área civil como en la penal, y especialmente en los sistemas de enjuiciamiento acusatorio.

3.3.1 El régimen de procedimiento penal colombiano (Ley 906 de 2004) exige -por principio general- el conocimiento personal directo, al prever en el artículo 402 que el “testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”.

Acorde con tal imperativo, el principio de inmediación en materia probatoria presupone que las pruebas se practiquen en forma oral y pública en el juicio¹; y que las declaraciones se circunscriban a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, de modo que no se pierda la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción.

Aun así, por excepción, es factible admitir pruebas que no se hubiesen practicado en el juicio oral -pruebas de referencia- a las cuales el legislador asigna un mérito menguado o restringido, al punto que no podrán servir por sí solas para fundamentar la sentencia condenatoria.

En Puerto Rico opera una especie de regla de exclusión contra la prueba de referencia. Tal exclusión, que en principio fue severa, ha ido cediendo paulatinamente ante la realidad práctica y la necesidad de administrar justicia en términos racionales, hasta generar una serie de “excepciones” que permiten el ingreso de ese género de pruebas al debate oral,

claro está, con valor o peso suasorio menguado. Tal el caso de los sistemas de enjuiciamiento federal de los Estados Unidos de Norte América y de Puerto Rico, donde el catálogo de excepciones pasa de cuarenta posibilidades².

3.3.2 El artículo 437 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) ofrece la siguiente noción:

“Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”

La prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios; o para impugnar esa credibilidad; y como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 *ibídem*.

3.3.3 En la Sentencia del 30 de marzo de 2006 (radicación 24468), la Sala de Casación Penal inició el estudio de lo concerniente a la prueba de referencia, destacando, entre otros, estos aspectos:

“1.3 Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción³.

Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En

tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.”

1.7 Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros.

Frente a tal eventualidad, de no extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al Juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada ex ante, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse.”

3.3.4 Los anteriores lineamientos jurisprudenciales permiten colegir que una vez practicada la prueba –testimonial, pericial o documental- no es atinado ni suficiente alegar en las instancias, ni en el recurso extraordinario de casación, que una prueba es de referencia, y por ende, reclamar su exclusión del acopio probatorio sin más argumentos.

Lo anterior, toda vez que en el régimen de la Ley 906 de 2004, detectar que una prueba ya practicada es de referencia o que tiene contenidos de referencia no la torna ilegal. Por ello, la parte interesada debe cuestionar su mérito o eficacia demostrativa, en lugar

de demandar su exclusión.

Lo que se espera es que para el juzgamiento todas las pruebas sean directas. No obstante, a menudo llegan a los juicios contenidos probatorios de referencia, por la manera como suceden las cosas en la realidad.

Corresponde a las partes actuar con diligencia en el juicio oral para detectar las pruebas de referencia o los contenidos referidos de alguna prueba –testimonial por ejemplo-. La objeción a las respuestas de referencia es el camino correcto para evitar que ese tipo de contenidos ingrese al conjunto probatorio, o para que el Juez los advierta en la apreciación.

Como se observa, es un problema que atañe esencialmente a los adversarios; muchas veces el Juez no identifica prima fase las manifestaciones de referencia, sin que ello comporte una falta al deber funcional.

Es más, puede ocurrir que la parte oferente de la prueba sea consciente que contiene algunas expresiones de referencia; no por ello toma distancia del principio de lealtad, ya que para garantizar la transparencia, la declaración se rinde en público, frente a la contraparte y al Juez. Y aún, es factible que la contraparte identifique la prueba de referencia y que no objete ni solicite al Juez interrumpir el discurso del testigo, para cuestionar posteriormente la credibilidad del mismo.

3.3.5 Cuando ya se ha practicado la prueba y ésta se cataloga de referencia o con contenidos de referencia, no por ello la prueba se torna ilegal y nunca lo ha sido. Por lo tanto, no es atinado solicitar sea excluida del acervo probatorio, pues la regla de exclusión sólo puede recaer sobre pruebas ilícitas o pruebas ilegales, como se explicó en los capítulos anteriores.

De ahí que, en el marco del recurso extraordinario de casación, cuando se atacan las

pruebas de referencia, se precisa identificar en cada una los contenidos de referencia y demostrar en cada caso concreto que el Juez le asignó un mérito excesivo, contrario al que la ley admite, desconociendo la tarifa legal negativa, por sucumbir en el error de derecho denominado falso juicio de convicción...”.

De igual manera, en el fallo del 6 de marzo de 2008, Radicado 27.477, precisó:

“...En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones

gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida.

La exigencia consistente en que la declaración realizada por fuera del juicio oral verse sobre hechos de los cuales la persona que hace la declaración ha tenido conocimiento personal, responde a los requerimientos del principio de inmediación objetiva, previsto en el artículo 402 del Código, que impone como condición para la admisión a práctica de un testimonio en el juicio, que el testigo informe de hechos o circunstancias que haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal.

(...)

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos.

Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es

simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo.

(...)

2.1.2. Admisibilidad.

Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundando negativamente en su consistencia probatoria.

Esto ha dado lugar a que reciba tratamiento diferenciado en lo que tiene que ver con su admisibilidad a práctica o su posterior valoración, o en relación con ambos aspectos, y que alrededor de su forma de regulación se hayan esbozado diferentes tesis, que van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de la mejor prueba disponible, o la que postula su admisión discrecional, o su admisión sólo en casos normativamente tasados, o las que combinan cláusulas generales de exclusión de la prueba con excepciones categóricas y residuales, entre otras.

Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad a práctica sólo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considere pertinente, atendiendo a factores

de diversa especie, como la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba, o el interés de la justicia.

Con frecuencia estas formas de regulación se combinan, y a la par de la prohibición general de admisión a práctica se establecen no sólo excepciones incluyentes de carácter categórico, sino también, una de índole residual, con la que se busca distensionar o flexibilizar la estructura inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando esté frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero similares a ellas.

El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba⁴.

Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones: a) Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez; b) Se encuentra eximida de prestar la declaración en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; c) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; d) Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; e) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; f) Padece una grave enfermedad que le impide declarar; g) Ha fallecido; h) Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por

actos del acusado; i) Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal del autor.

El texto finalmente sometido a debate en el Congreso y que se convirtió en norma positiva, suprimió todas las excepciones incluidas dentro del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible; conservó del grupo de las excepciones establecidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba únicamente las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos; y mantuvo las excepciones relacionadas en los literales c), e), f) y g) del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible.

(...)

La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

(...)

Esto significa que la prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado, y que para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente de complementación probatoria.

La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

Si la prueba de referencia (única o múltiple), complementada con la prueba de naturaleza distinta, no permite llegar a este nivel o estadio de conocimiento, el juzgador debe absolver, pues el artículo 381 no contiene una tasación positiva del valor de la prueba, en el sentido de indicar que una prueba de referencia más una de otra naturaleza es plena prueba, sino una tasación negativa, en los términos ya vistos, es decir, que no es posible condenar con fundamento únicamente en pruebas de referencia.

Importante es precisar, igualmente, que la limitación de la eficacia probatoria de la prueba de referencia que consagra el artículo 381, es exclusivamente para dictar sentencia condenatoria, y por tanto, que las decisiones de otro tipo que deban adoptarse en el curso del proceso penal con fundamento en elementos materiales probatorios, o evidencia física, o información legalmente obtenida, que participen de sus características, no están cobijadas por ella...".

Establecidas las anteriores premisas, examinará la Sala a continuación, si, como lo afirma el defensor, los fallos de las instancias se fundamentaron exclusivamente en prueba de referencia.

En tal sentido, se observa que el Juzgador de primer grado analizó críticamente en su pronunciamiento los testimonios de los integrantes de la Policía Nacional que participaron en las labores de investigación, estudio que le permitió concluir que los datos acerca de lo ocurrido, no se obtuvieron única y exclusivamente a través de lo informado por algunos ciudadanos, sino que fueron producto de las labores de campo que se

practicaron de manera inmediata en el lugar por parte de los investigadores de la SIJIN y con fundamento en el subsiguiente despliegue de la investigación.

Así, se refirió el Juzgador a la intervención del patrullero Juan Danilo Chavarría Rodríguez y explicó que de la misma se colige la existencia de un conflicto entre bandas que operan ilícitamente en el sector, originado en la lucha por el territorio.

Mencionó igualmente el relato del investigador Walter Chalarca Restrepo, del Teniente de la Policía Julián Eduardo Palacio Barajas; del patrullero de la policía y perito balístico Víctor Alexander Franco Tobón, del Teniente Coronel del Ejército José Armando Serpa Hernández; del intendente Julio Cesar Alzate Morales, quien además de concurrir como testigo de acreditación de las labores investigativas, también lo hizo en condición de deponente de referencia respecto de las amenazas en contra de Osman Andrés Novoa Saldarriaga.

De otra parte, se fundamentó el juzgador de primer grado en la intervención de la intendente de la Policía Rosa Aminta Aristizabal López, quien corrobora los aspectos relacionados con las labores de investigación adelantadas por los integrantes de la DIJIN, y a través de ella se introdujo la entrevista rendida por Osman Andrés Novoa Saldarriaga, admitida como prueba de referencia en razón a que días antes de la realización del juicio, fue asesinado.

Acorde con lo anterior, se observa que no le asiste razón al demandante, pues si bien en algunos aspectos la intervención de los integrantes de la Policía constituyen testimonio de referencia, en realidad también se refieren a aquellos aspectos relacionados con la certera y eficaz actividad investigativa desplegada, al final de la cual logró identificarse a Rafael Antonio Peláez Castaño y Edwin Alejandro Tafur Córdoba como partícipes en los hechos delictivos.

En ese orden de ideas, la testificación de los funcionarios de Policía, si bien no se

desconoce que es prueba de referencia frente al suministro de la información que otras personas les transmitieron y a su vez es vehículo para la introducción de otros medios suasorios de la misma naturaleza, lo cierto es que también son testigos directos respecto de las labores por ellos adelantadas.

De otra parte, manifestó el juzgador de primer grado que con relación a los indicios, si bien el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio no incluyó "...la prueba de indicios...", esta operación intelectual del Juzgador persiste, puesto que no es factible construir una teoría de la prueba sólo sobre elementos materiales o evidencias físicas.

Encontró que de algunos aspectos indiciarios se infiere de manera seria y fundada que Peláez Castaño y Tafur Córdoba efectivamente son los autores materiales del punible por el que fueron acusados, refiriéndose en concreto, a los siguientes:

- Indicio de capacidad para delinquir, en atención a la logística de que disponían para cometer los delitos.
- Indicio de móvil, en razón a que los integrantes de las bandas "La Roja" y "Los Terribles" se encontraban enfrentados con la finalidad de obtener el dominio del territorio.
- Indicio de conducta posterior, puesto que el 7 de noviembre de 2009, el intendente Julio César Alzate Morales abordó un vehículo de la SIJIN y junto con otro servidor de la Policía Judicial en compañía de Osman Andrés Novoa Saldarriaga y su primo conocido con el alias de "Mario Pistolas", en instantes en que estos pretendían señalar el sitio de residencia de los acusados con la finalidad de poder solicitar las correspondientes órdenes de allanamiento, fueron atacados a tiros por los ocupantes de un automotor, entre ellos Rafael Antonio Peláez Castaño, oportunidad en que precisamente se logró la captura de éste.

-. Indicio de amenazas, toda vez que a partir de la captura de Peláez Castaño, Osman Andrés Novoa Saldarriaga comenzó a recibir llamadas telefónicas amenazantes realizadas por aquél desde la cárcel Bellavista

En cuanto se relaciona con el alcance de los indicios en el sistema acusatorio, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

“...Se recuerda que el Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, no incluía a los indicios como un medio de prueba autónomo, pues su artículo 248 estipulaba acertadamente que “Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.”

En el Código de Procedimiento Penal, adoptado con la Ley 600 de 2000, quizá por confusión conceptual y precaria técnica legislativa, su artículo 233 incluye al indicio como un medio de prueba autónomo, sin serlo en realidad. Esta inclusión mereció pluralidad de críticas desde la doctrina y la jurisprudencia, que no tardaron en recordar la naturaleza lógico jurídica del indicio como una operación mental, a través de la cual de un hecho probado se infiere la existencia de otro hecho, con la guía de los parámetros de la sana crítica, vale decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos.

En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas.

En el texto que lleva por título “Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas”, autoría de los doctores Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, que analiza varios aspectos del sistema con tendencia acusatoria, se hace claridad en cuanto a la naturaleza del indicio y la posibilidad práctica de acudir a ese tipo de reflexiones sobre los medios de

prueba en el procedimiento penal para el sistema acusatorio, adoptado con la Ley 906 de 2004:

“La idea de que las pruebas son medios aparece consagrada en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que afirma que la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, los elementos materiales probatorios, o, cualquier otro medio técnico, que no viole el ordenamiento jurídico son medios de conocimiento.

...

Si las premisas anteriores son verdad, como la experiencia ha indicado que lo son, la prueba es percepción...Ahora bien, la percepción, definida de la manera más sencilla, se entiende como un proceso cognoscitivo sensorial y su resultado es un conocimiento sensorial, más o menos empírico, fundamento del conocimiento racional, conceptual y esencial. Por esto es por lo que el indicio no se puede considerar como medio de prueba, sino más bien como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba...”⁵

El denominado “método técnico científico” en cuanto a la producción probatoria, auspiciado en la academia especialmente por el segundo de los autores mencionados, tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen. Así mismo, el método técnico científico, en lo relativo a la apreciación de los medios de prueba, persigue eliminar en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del Juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del sujeto que percibe (por ejemplo, el testigo y el perito), del objeto percibido (por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios) y de la manera cómo se transmite lo percibido (por ejemplo, la declaración y la experticia).

El anterior es el sentido en el cual podría admitirse que el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, trató de perfeccionar o dar más realce a la metodología técnico científica para producir y apreciar las pruebas, estableciendo “reglas” relativas a los distintos medios de conocimiento. Y se dice que trató de poner en relieve el aporte científico en la materia probatoria, porque no se trata de un aporte ex novo, pues es innegable que los regímenes procedimentales anteriores ya contenían parámetros de arraigo científico para la producción y apreciación de las pruebas, con el fin de evitar que la sana crítica se confundiera con arbitrariedad, o que fuera reemplazada con la convicción subjetiva íntima desligada de cualquier regla de discernimiento.

En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas.

Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004.

De ahí, también el equívoco de quienes piensan, como al parecer el libelista en la presente casación, que no es factible aplicar inferencias indiciarias, por haberse adoptado un método técnico científico en materia probatoria.

No sobra recordar que en el Auto del 24 de noviembre de 2005 (radicación 24323), la Sala de Casación Penal se refirió al tema de la sana crítica en la Ley 906 de 2004:

“El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de la persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art.

308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el Juez de control de garantías “pueda inferir razonablemente” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda”.”

Como se constata, son atinados los aportes conceptuales que hicieron la Procuradora Segunda Delegada para al Casación Penal y el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, sobre la comprensión del indicio en la Ley 906 de 2004...”. (Corte Suprema de Justicia. 30 de marzo de 2006. Radicado 24468).

Acertó entonces el Juzgador de primer grado, coadyuvado por el Tribunal Superior, al haber acudido a inferencias indiciarias en la sustentación de la sentencia condenatoria.

En tales condiciones, es claro para la Corte que el testimonio de los integrantes de la Policía, además del contenido referencial tantas veces mencionado, también ofrece una percepción directa de los hechos, pues, fue a raíz de su labor investigativa que pudo establecerse la existencia de un conflicto entre bandas que operan ilícitamente en el sector, originado en la lucha por el territorio y también se logró identificar a los procesados Rafael Antonio Peláez Castaño y Edwin Alejandro Tafur Córdoba como dos de los partícipes en el comportamiento delincuencia.

Así las cosas, no es cierta la afirmación que sustenta el cargo postulado por el casacionista, en el sentido de que la sentencia condenatoria se basó única y exclusivamente en pruebas de referencia, pues, obran medios cognoscitivos directos que también fueron valorados en las providencias, al igual que los elementos indiciarios anteriormente reseñados, así como aquello estipulado por las partes, que valorados mediante un examen conjunto, derivaron la responsabilidad penal de los

acusados.

Corolario de lo anterior, el cargo postulado por el demandante por medio del cual pretendió atacar el fundamento probatorio de la condena, no prospera.

3. Demanda instaurada en nombre de Edwin Alejandro Tafur Córdoba

Denuncia el libelista la violación del debido proceso por afectación sustancial de su estructura, en razón a que no obstante en la acusación no se precisaron con tipicidad cierta, clara e inequívoca los hechos relacionados con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 104, numeral 4°, del Código Penal, el Tribunal Superior, sin ser ello cierto, sostuvo que el representante del ente acusador se refirió a que concurría en este evento el motivo abyecto, por lo cual aplicó el incremento punitivo en cuestión, pese a que, además, se trata de aspectos que no se reflejan en las acciones descritas.

Selecciona la causal segunda de casación, que sin duda alguna es la correcta cuando se trata de una sentencia que desatiende los parámetros de la acusación, y es claro que dicho motivo de casación en el actual estatuto procesal penal atinente al desconocimiento del debido proceso por afectación de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, guarda correspondencia con el de nulidad regulado con la legislación anterior.

Se aprecia de los términos de la demanda que el casacionista reconoce la forma como el ente acusador ejercitó su rol constitucional y legal de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el Juez de conocimiento, al pedir condena por el delito de homicidio previsto en el artículo 103 del Código Penal, agravado acorde con la causal a que se contrae el artículo 104, numeral 4 de la mencionada normatividad, al igual que concibe que la función de la acusación no se agota con el escrito de acusación, sino que sigue intacta en el juicio oral, pero cuestiona la violación del principio de congruencia que debe existir entre la petición del Fiscal y el fallo que le pone fin al proceso, y en

particular el tema de discusión gira alrededor del carácter fáctico o jurídico de la acusación y la inmutabilidad del objeto litigioso, respecto de la causal de agravación del homicidio imputada.

Ciertamente, en cuanto al agravante por motivos abyectos o fútiles previsto en el artículo 104, numeral 4 del Código Penal, es claro que dicho motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se debe identificar plenamente, pues en manera alguna pueden catalogarse como situaciones idénticas o similares, ya que, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación, mientras que el motivo abyecto se relaciona con aquello que es bajo y vil, en cuanto está determinado por razones que causan repudio general y que expresan una particular depravación y bajeza de ánimo, que suscita repugnancia en toda persona de moralidad media, el motivo fútil es aquel que reviste poca importancia, es matar sin que exista una razón de peso, por cuestiones baladíes o triviales, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho.

En cuanto se refiere a circunstancias específicas de agravación punitiva, resulta ineludible su debida acreditación en el curso del proceso, en razón a que, dada su connotación de elemento integrante del tipo básico, demanda la misma exigencia de concreción y claridad, toda vez que en cada caso concreto delimitan los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer, y además porque en respeto a las garantías procesales, el acusado no debe albergar duda frente a la acusación que debe enfrentar en el juicio, ni respecto de las consecuencias punitivas de la responsabilidad que le puede ser atribuida.

En tales condiciones, el convencimiento a que llegue el fallador respecto de determinada agravante, debe estar en consonancia con la acusación y sujeto a lo realmente probado en la vista pública de juicio oral, pues de lo contrario sería una especulación creativa de lo que no se ha aducido en juicio.

De ahí que sea importante la diferenciación de cada una de las eventualidades previstas en la causal de agravación punitiva en cuestión, con el fin de evitar yerros jurídicos al momento de concretar la responsabilidad de los acusados.

En torno al alcance del principio de congruencia, se trata de un tema analizado en detalle por esta Corporación en la decisión CSJ SP, 25 May. 2015, Rad. 44287, en los siguientes términos:

“...Como ya ha tenido oportunidad de precisarlo esta Corporación, el principio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

La incongruencia entre acusación y fallo no se encuentra expresamente reconocida como causal de casación en la Ley 906 de 2004, como si aparecía en la causal segunda reglada en el numeral 2º del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 y en otros estatutos, pero no se discute que cuando se profiere un fallo con desconocimiento de los parámetros de la acusación, se afectan las reglas del debido proceso en su estructura básica, así como las garantías debidas a los intervinientes, motivo por el cual tal incorrección es demandable bajo la égida de la causal segunda dispuesta en el artículo 181 de la citada legislación procesal del 2004.

En efecto, el artículo 448 de dicha normatividad establece:

“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Sobre el alcance de la norma en comento la Corte ha señalado que su quebranto se

produce por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en la audiencia de formulación de la acusación⁶.

El referido precepto, como de tiempo atrás lo ha dilucidado la Sala, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

Es necesario anotar, sin embargo, que desde la SP, 27 jul. 2007. Rad. 26468, la Corte viene admitiendo la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, es decir, condenar por un delito distinto al contemplado en ésta.

Sobre el particular, se precisó en la reseñada decisión que el fiscal bien puede “solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además,

que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes”
(subrayas fuera de texto) y sin que se haga más gravosa la situación del acusado.

No obstante, ya en SP, 16 mar. 2011. Rad. 32685, había puntualizado la Sala que los jueces pueden efectuar el cambio de la calificación jurídica sin ser necesario que medie solicitud expresa de la Fiscalía. Sobre el particular, textualmente señaló:

“Si bien en el precedente citado por el defensor de Nelson Enrique Galvis Rojas⁷, la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado” (subrayas fuera de texto).

Así en CSJ AP, 28 mar. 2012. Rad. 36621, en la cual se citaron decisiones anteriores, la Corporación expresó:

“Necesario es señalar, en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia

estricto⁸, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia⁹:

‘...Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta a favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes’” (subrayas fuera de texto).

Por su parte, en CSJ AP, 3 jul. 2013. Rad. 33790 se dijo:

“Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte ha tenido ocasión de reiterarlo...” (subrayas fuera de texto).

Más recientemente, en CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108, sostuvo la Corporación:

“... la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad,

siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, rad. 32879” (subrayas fuera de texto).

En AP, 24 sep. 2014. Rad. 44458 reiteró la Corte, que cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.

También se destacó en la providencia del 15 de agosto de 2013, la Sala ratificó su propósito de consolidar una línea jurisprudencial sólida que dejara atrás ese concepto rígido de congruencia estricta, el cual impedía al juez modificar al momento de dictar el fallo la denominación jurídica efectuada por la Fiscalía, para abrir paso a una postura que faculte la potestad oficiosa para degradar la conducta a favor del procesado, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten los derechos de los demás intervinientes.

Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo...”.

Así las cosas, partiendo de la base que la investigación de la verdad en el actual proceso penal se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del estado de derecho, lo cual significa que no puede ser obtenida a cualquier precio, y así como la presunción de inocencia sólo puede ser enervada con prueba lícita, la condena por un delito no es posible sin el respeto debido a las garantías del debido proceso y de los derechos constitucionales del implicado, necesariamente ha de concluirse que cuando el sentenciador condena por un delito distinto al de la acusación, vulnera el principio de congruencia que debe existir entre acusación y sentencia, pues la potestad de investigar, juzgar y sancionar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, debe ceñirse a los principios y valores impuestos por la Carta Política y desarrollarse acorde con las reglas previamente establecidas para el efecto.

En dicho sentido, una visión retrospectiva de la actuación cumplida en este asunto, pone en evidencia que la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes aducidos en el escrito de acusación, expresamente señala que se procede por "...el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, descrito y sancionado en los artículos 103 y 104 numeral 4º del Código Penal...", sin que se incluyera argumentación alguna encaminada a especificar cuál de las diversas alternativas incluidas en la menciona causal de agravación era la atribuida a los imputados.

En el alegato inicial del representante del Ente Acusador, se sostuvo:

"...se han creado unas fronteras ficticias en los barrios, de sectores, de cuadras, al punto que la señora, el joven, la niña, no pueden cruzar de una calle, porque esa calle es de otro grupo y viceversa; esa lucha por un dominio territorial ha llevado a un incremento desmesurado de la violencia en la ciudad, hasta el punto que en el año 2009 hubo un total de 2188 muertes violentas en Medellín; ahí no están incluidas las muertes de tránsito, ni naturales.

Hay una pelea terrible entre los integrantes de la banda que comanda RAFAEL ANTONIO y la banda LOS TERRIBLES a la que pertenecía JOSÉ DARÍO CASTRILLÓN y el otro joven que resultó herido, OSMAN ANDRÉS NOVOA SALDARRIAGA (...) según el decir de OSMAN porque los integrantes de la banda se creen los dueños del barrio, que no admiten que nadie pase para el otro lado y quieren dominar ese territorio. Ahí está el cuadro dramáticamente pintado de cómo unos grupos de jóvenes se están enfrentando por nimiedades, por bobadas, dejando una estela de muertos...”.

A su vez, en el alegato de clausura, el representante de la Fiscalía se pronunció en los siguientes términos:

“...Se demostró (...) una tipificación del delito agravado en cuanto al móvil como tal en el sentido que ya lo advertí, un motivo fútil, porque fue la lucha de dominio entre unas bandas que no justifica que se estén matando entre ellos mismos...”.

Al dictar sentencia de primer grado, el Juez desestimó la causal de agravación del homicidio imputada, por considerar que no obstante el rechazo que esta clase de comportamientos genera, dentro del contexto delictivo en el cual actuaron los acusados, la lucha por el territorio en manera alguna puede calificarse como un motivo nimio o sin importancia, ya que para los miembros de las bandas delictivas obtener el dominio territorial les representa grandes ventajas, y en esta oportunidad es claro que los agresores como las víctimas pertenecían a grupos delincuenciales diferentes interesados en adquirir el dominio pleno del territorio donde operaban, motivo por el cual se materializó el atentado criminal.

Agregó que tampoco es factible soportar la circunstancia de agravación punitiva en la configuración de un motivo abyecto, pues ello iría en contravía del principio de congruencia, ya que no fue atribuido en la acusación.

Por su parte el Tribunal Superior al desatar los recursos interpuestos contra la sentencia,

sostuvo que "...asiste razón al señor Fiscal en orden a catalogar el motivo por el cual fue asesinado José García Castrillón como abyecto, es decir, que por parte de la Fiscalía no se quiso catalogar el hecho punible como fútil, sino que las circunstancias volitivas que llevaron a los agentes delictivos a la comisión del mismo obedecen a circunstancias sociales y jurídicas criticables y rastreras...".

Advirtió el Juez ad quem que "...como se observa en el escrito de acusación directo presentado por la Fiscalía no fue imputada alguna modalidad en concreto de las que aparecen en el numeral 4° del artículo 104 del código penal, es decir, no se dice por parte del ente acusador si el delito que se castiga se hace por abyectibilidad del mismo o por futilidad. De manera que corresponde a esta Sala dilucidar el significado de ambas clasificaciones...".

En esa medida, argumentó que con las denominadas "fronteras invisibles" y "lucha de combos" se presenta un grave problema de orden público, afectando a toda la comunidad que se ve sometida a una "...posición análoga a la esclavitud, habiendo en ellos una evidente e indiscutible despersonalización y denigración de su condición humana pues quedan sometidos al capricho, voluntad y veleidad del "patrón" de turno, donde no es la Constitución la vigente sino la Ley del más fuerte...".

Agregó el Tribunal que:

"...se convierte en elemento despreciable en mayor grado que la conducta se cometa con peligro de la sociedad no obstante del castigo que se hace por la comisión del ilícito en desfavor del sujeto agredido, como quiera que ésta no solo puede afectar bienes jurídicos del blanco de la agresión, sino también de aquellas personas totalmente apartadas del conflicto armado interno, desarmadas, y que solo requieren de un Estado oportuno y garantista para poder vivir satisfactoriamente...Por ello, no deja de ser despreciable a mayor escala la manera como actuaron Rafael Antonio y Edwin

Alejandro, quienes además de sus armas actuaron en colaboración con otras personas de las cuales se sindicó tenían otra función en día de los hechos...".

Concluyó el Juzgador de segundo grado que se imponía acoger la causal invocada por la Fiscalía para agravar el homicidio por motivo abyecto, sin que tal proceder implicara afectación alguna al principio de congruencia, ya que el Fiscal Delegado en sus alegatos de conclusión "...resaltó que la disyuntiva "O" que se encontraba en la agravante separando las modalidades "fútil o abyecto", sugería del operador jurídico que éste hiciera un análisis jurídico de las mismas y aplicara la que creía conveniente o ambas, porque según el paralelo hecho la conducta desplegada por TAFUR CÓRDOBA y PELÁEZ CASTAÑO encajaba perfectamente en cualquiera de ellas...".

Lo que antecede refleja que la pretensión del ente acusador respecto de la causal de agravación punitiva, se concretó a indicar que el móvil del delito lo constituyó un motivo fútil, y en tales condiciones no podía el Tribunal Superior, acudiendo a una interpretación subjetiva de lo que en su opinión realmente pretendía el Fiscal, modificar los alcances de su intervención en el curso del debate oral, para concluir que "...por parte de la Fiscalía no se quiso catalogar el hecho punible como fútil, sino que las circunstancias volitivas que llevaron a los agentes delictivos a la comisión del mismo obedecen a circunstancias sociales y jurídicas criticables y rastreras...".

No cabe duda que la inclusión de la causal de agravación punitiva en sede de segunda instancia implica un desmedro para los derechos del acusado al tornar más gravosa su situación, si se tiene en cuenta que los argumentos esgrimidos por el Tribunal Superior para imputar la causal cuarta, se apartan del núcleo esencial de la imputación fáctica, en cuanto se apoya en aspectos no esgrimidos en el curso del debate público.

Como quedó visto en apartes precedentes, durante el curso de la actuación siempre se adujo que el móvil del delito lo constituía la lucha de los grupos delincuenciales a los

que pertenecían víctimas y acusados por adquirir el dominio pleno del territorio donde operaban, eventualidad que denotaba lo fútil de los motivos esgrimidos para ejecutar la acción delictiva. Por el contrario, el Juez ad quem aduce, en esencia, que todo acto de violencia que genere temor e inseguridad en la ciudadanía, es reprochable, y por consiguiente, abyecto "...así como también es reprochable la perturbación a la sana, pacífica y digna convivencia de los diferentes sectores sociales...", es decir, optó por modificar el aspecto medular de los hechos constitutivos de la causal de agravación, con la finalidad de adaptarlos a su interpretación relativa a que "...la Fiscalía no se quiso catalogar el hecho punible como fútil, sino que las circunstancias volitivas que llevaron a los agentes delictivos a la comisión del mismo obedecen a circunstancias sociales y jurídicas criticables y rastreras...", circunstancias novísimas con las que claramente se sorprendió al encausado y su defensor.

Tampoco es de recibo, según lo pretendió el Tribunal Superior, que el principio de congruencia tenga elasticidad como para aceptar que el señalamiento de una causal de agravación específica del delito de homicidio en la acusación, en este caso la del artículo 104, numeral 4º, tolere que la misma pueda edificarse bajo cualquier circunstancia fáctica o que pueda dejarse al arbitrio del Juzgador en orden a que "...aplicara la que creía conveniente o ambas...", pues con ello se atenta contra la seguridad y previsibilidad de los términos en que se recibe la acusación por la defensa. Una tal interpretación conduce a que la identidad de los hechos y el derecho que hacen parte de la acusación no vinculen al Juez, atentándose de esta manera contra las garantías del proceso, entre las que aparece privilegiadamente la del conocimiento previo por parte del imputado o acusado tanto del aspecto fáctico como del jurídico de lo que se le imputa o acusa.

Lo anterior por cuanto si bien frente a un sistema como el previsto en la Ley 906 de 2004 que dispensa mayor alcance a la axiología de los principios y los valores constitucionales,

entre ellos la verdad histórica real objetiva desde la cual podía realizarse la idea de justicia material, eventualidad en que el Juez, para alcanzar los fines del proceso, puede variar la calificación jurídica de la infracción, ello sólo puede ocurrir siempre que se corresponda con el supuesto fáctico o hechos jurídicamente relevantes descritos de manera sucinta en el escrito de acusación, ya que en tales eventos "...el funcionario judicial observará que las nuevas aserciones no conduzcan en la práctica a exceder los términos de la acusación (en lo que al núcleo fáctico y los cargos jurídicos atañe)..."¹⁰.

En esas condiciones, los argumentos del Tribunal Superior para deducir la agravante carecen de sentido y sustento probatorio y su estructuración se soportó simplemente en conjeturas, alejadas del contenido de la acusación, motivo por el cual la Sala casará la sentencia del Tribunal con ocasión del cargo formulado y ratificará la de primera instancia.

CASACIÓN OFICIOSA

El artículo 61 del Código Penal establece que una vez fijados los extremos mínimo y máximo de la pena, el juez procederá a dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos. Esa tarea debe hacerse tanto frente a las sanciones principales como a las accesorias, pues la ley no introduce distinción al respecto.

En el presente caso, el juez de primer grado acudió al sistema de cuartos para tasar la pena principal de prisión. A pesar de ello, no procedió en el mismo sentido con respecto a la accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas sino que, sin más, lo fijó en quince (15) años.

Pasó por alto el juzgador que, de acuerdo con el inciso sexto del artículo 51 del estatuto punitivo, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas tiene una duración que va de uno (1) a quince (15) años, situación que le imponía dividir esos límites en cuartos y,

luego, siguiendo los mismos criterios que aplicó para tasar la sanción principal, fijar el monto respectivo.

Desconoció de esa manera el principio de legalidad, garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, al amparo de la cual los funcionarios judiciales están obligados a determinar las sanciones, cuando a ello hay lugar, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley.

Al restablecimiento de la referida garantía deberá, por consiguiente, proceder la Sala, teniendo en cuenta para el efecto el criterio del Juzgador de primer grado, para cuyo propósito casará también de manera oficiosa y parcialmente la sentencia de segunda instancia.

En ese orden, como quiera que la primera instancia se ubicó en el mínimo de los cuartos medios para efectos de dosificar la sanción a imponer, en razón de haberse atribuido a los acusados una circunstancia genérica de mayor punibilidad (artículo 58, numeral 10 del Código Penal), lo correcto es ubicarse en el extremo inferior del mencionado cuarto, que en este evento corresponde a cuatro años y seis meses.

Por consiguiente, se casará oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado para fijar la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma en cuatro años y medio.

Consecuente con lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. No Casar la sentencia impugnada, con ocasión del segundo cargo

formulado en representación de Rafael Antonio Peláez Castaño, acorde con las consideraciones expuestas en este proveído.

2. Casar parcialmente la sentencia del 27 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Superior de Medellín, y en consecuencia, confirmar el fallo del 31 de enero del mismo año emitido por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de esa ciudad, mediante el cual condenó a Rafael Antonio Peláez Castaño y Edwin Alejandro Tafur Córdoba a la pena principal de cuatrocientos sesenta (460) meses de prisión como coautores del delito de homicidio simple, en concurso homogéneo con dos homicidios simples imperfectos, a su vez en concurso heterogéneo con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado.

3. Casar parcial y oficiosamente la sentencia impugnada, en el sentido de fijar la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego que deben purgar los sentenciados, en cuatro años y seis meses.

4. Confirmar en todo lo demás el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Con excepción de las pruebas que se hubiesen producido o incorporado anticipadamente ante el Juez de control de garantías.

2 CHIESA, Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales. Publicaciones JTS. USA. 2005. Tomo III, pág. 38.

3 Sentencia del 24 de noviembre de 2005, Radicado 24.323.

4 Proyecto de ley estatutaria número 01 de 20 de julio de 2003, artículo 470. Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003, página 49.

5 OSORIO ISAZA Luis Camilo. MORALES MARÍN Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005, pág.22.

6 Cfr. Sentencias del 6 de abril de 2006. Rad. 24668, del 28 de noviembre de 2007. Rad. 27518 y del 8 de octubre de 2008. Rad. 29338.

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de junio de 2009. Rad. 28649.

8 “...la jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado”. Cfr. Sentencia del 27 de julio de 2007. radicación número 26468.

9 Cfr. Sentencia del 7 de septiembre de 2011, radicación 35293.

10 CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36357.