

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

SP3279-2019

Radicación No. 46019

Acta 204

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de Miguel Antonio Cetina Cadena contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual, al revocar la absolutoria dictada en primera instancia por el Juzgado 16 Penal del Circuito, condenó al procesado en mención como autor de los delitos de homicidio agravado y porte de armas de fuego.

HECHOS:

El 31 de enero de 2008, aproximadamente a la 1:30 p.m., frente al inmueble No.18 I-51 sur, de la calle 82 Bis de Bogotá, Barrio Arabia, Localidad Ciudad Bolívar, el joven José Edwin Fandiño Vásquez, de 16 años de edad, fue agredido por dos sujetos, posteriormente identificados como Miguel Antonio Cetina Cadena y Pedro Nel Morera Luna, quienes le propinaron heridas con arma punzante y de fuego ocasionándole fractura de una vértebra cervical, tras lo cual huyeron dejando al agredido abandonado en zona pública, de donde fue llevado a un centro asistencial en el cual finalmente falleció el 2 de febrero siguiente.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Adelantadas las primeras diligencias que permitieron individualizar a los agresores como Pedro Nel Morera Luna y Miguel Antonio Cetina Cadena, la Fiscalía solicitó se ordenara su captura, de modo que dispuesta la misma en audiencia del 13 de junio de dicho año y lograda, tras las correspondientes prórrogas, la del segundo el 6 de febrero de 2012, se realizó al día siguiente ante el Juzgado 31 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, audiencia en la cual se legalizó dicha aprehensión, se formuló imputación contra el indiciado por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 5 de marzo de 2012 la Fiscalía presentó escrito de acusación contra el detenido Miguel Antonio Cetina Cadena como coautor de los punibles de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, llevándose a cabo ante el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá la respectiva audiencia en sesión del 3 de mayo de dicho año.

3. Tras verificarse las audiencias preparatoria y de juicio oral, el juzgado de conocimiento dictó sentencia el 26 de noviembre de 2013 para absolver al acusado, decisión que fue recurrida en apelación por la Fiscalía y el apoderado de víctimas, en cuya virtud el Tribunal Superior de Bogotá dictó la suya el 10 de marzo de 2015 para revocar la impugnada y en su lugar condenar a Miguel Antonio Cetina Cadena a la pena principal de 430 meses de prisión como coautor responsable de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego.

El fallo del ad quem, a su turno, fue objeto del recurso de casación que interpuso y sustentó oportunamente la defensora del procesado.

4. En curso el debate y aprobación de esta decisión, la defensora del acusado solicitó la suspensión del proceso porque tratándose de primera sentencia de condena, además de

que no le fue posible, en detrimento del principio de igualdad, interponer en su momento la impugnación especial de mayor amplitud y garantismo que la casación, no existe, tal como lo ha reconocido la Sala e impuso la Corte Constitucional, el ordenamiento legal que supla el vacío existente acerca de la impugnación de ese tipo de fallos.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con sustento en la causal segunda de casación acusa la demandante la sentencia recurrida de haberse proferido en un asunto viciado de nulidad por violación al debido proceso, en tanto aquella lo fue desconociendo los parámetros de la acusación, esto es, infringiendo el principio de congruencia previsto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el Tribunal condenó al acusado agravando la pena por una circunstancia retirada por la Fiscalía al exponer su teoría del caso, concretamente la señalada en el numeral 4º del artículo 104 del Código Penal, referida al motivo abyecto o fútil.

Al retirar expresamente dicha circunstancia de agravación en ese momento, la defensa dejó de ejercer su rol en torno a la misma, luego el Tribunal no podía desbordar sus facultades e incluirla como un hecho nuevo o sobreviniente que no fue objeto de debate, pero sí incidió en la tasación punitiva. Solicita por eso se case la sentencia recurrida y se retrotraiga lo actuado a fin de ajustarlo a las debidas formas del juicio.

Segundo cargo:

También con apoyo en la causal segunda acusa la sentencia de haberse dictado en un trámite afectado de invalidez, en la medida en que se vulneró sustancialmente la estructura del debido proceso, por cuanto aquella careció de motivación respecto a la conducta punible de porte ilegal de armas y a la agravante del homicidio imputada con sustento en el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal.

El fallo recurrido, sostiene, no expuso razón alguna que demostrare tanto la materialidad del delito de porte ilegal de armas, como la responsabilidad del acusado en su comisión; no explicó por qué se le calificó como coautor del mismo a pesar de que la acción a él imputada fue la de impactar a la víctima con arma blanca. Simplemente y de manera objetiva, al momento de tasar la pena, lo incluyó como ejecutado por el procesado sin explicar el fundamento de tal proceder.

Igual aconteció con la citada circunstancia que agrava la pena del delito de homicidio pues, sin más, el Tribunal dio por sentada su existencia, sin explicar razonadamente cuáles eran las pruebas que demostraban la supuesta indefensión de la víctima, o de qué forma intervino el acusado para ponerla en esa situación.

Demanda, por tanto, se case el fallo impugnado y se declare la nulidad de lo actuado a fin de reestablecer las garantías conculcadas, sin que pueda la Corte asumir el rol de segunda instancia para corregir los referidos yerros.

Tercer cargo:

Con fundamento en la causal tercera de casación acusa subsidiariamente la defensora el fallo cuestionado de violar indirectamente la ley sustancial por errores de hecho que condujeron a desconocer la garantía del in dubio pro reo.

En primer lugar, afirma, se incurrió en falso juicio de legalidad al valorarse la querella del 31 de enero de 2008 recibida por el agente Alejandro Agudelo al hoy occiso José Edwin Fandiño Vásquez, pues lo fue como prueba documental directa, a pesar de que en realidad era de referencia y de ella se valió el juzgador para, en correlación con los testimonios estos sí reconocidos como de referencia, fundamentar la decisión de condena.

Sin embargo, afirma, tal querella no podía ser apreciada por cuanto carecía de las exigencias legales a partir de las cuales adquiriera esa naturaleza.

En primer término, como se trataba el querellante de un menor debía estar presente el Defensor de Familia, por así preverlo el artículo 146 de la Ley 1098 de 2006, a fin de garantizar sus derechos; por lo mismo, su declaración sólo podía ser recibida por el Defensor de Familia, según el artículo 150 ídem, con cuestionario previamente enviado por el fiscal o el juez, con el objetivo de constatar que las preguntas no fueran contrarias a su interés superior, más en este asunto se omitió convocar a dicho funcionario.

Ahora, se pregunta, si el menor víctima se encontraba recluido en centro hospitalario con compromiso de su sistema medular y de movilidad, por qué no se verificó su estado físico y mental previamente a la diligencia que estaba mediada por la gravedad del juramento? Por qué la querella fue recibida por un funcionario de Policía Judicial que no estaba facultado para imponer el juramento? Por qué validar que tal funcionario pueda juramentar a una persona que se hallaba en un hospital con un disparo en la base de su cráneo?

Además, tampoco en la querella aparece la firma del representante legal del menor, la cual es un presupuesto de validez de dicha diligencia.

Ausente también se evidencia la firma del supuesto querellante; al parecer la suscribió la misma persona que la redactó, lo cual incide en su veracidad, más aun si de acuerdo con el primer respondiente y la madre del ofendido, éste no tenía movilidad en piernas ni manos.

Tampoco se hizo salvedad de que el querellante era un menor de edad; su relato no individualiza al acusado, simplemente se refiere a un Miguel, pero nunca precisó que se tratara de Cetina Cadena.

Tal querella, en esas condiciones no era, por tanto, admisible, por manera que el error al apreciarla resulta trascendente por tratarse de la única prueba calificada como directa, aunque sin serlo, mucho menos si no hizo ninguna individualización o identificación del procesado como supuesto autor de los hechos.

Y por cuanto las demás pruebas aportadas fueron calificadas por el juzgador como de referencia, la condena, sustentada en una querella que debió desestimarse por los graves problemas de legalidad que presentaba, mal podía fundarse en aquellas por expresa prohibición del artículo 381 de la Ley 906, por eso solicita se case el fallo recurrido y en su defecto se absuelva al acusado.

Cuarto cargo:

Acude nuevamente la defensora a la causal tercera de casación, para denunciar esta vez, también subsidiariamente, la incursión en errores de hecho por falso raciocinio en tanto, al valorarse, dice, la querella y el informe de necropsia se infringieron principios de la lógica y leyes científicas.

Específicamente, en torno a la ciencia, se vulneró una ley relacionada con los efectos de un disparo de un arma de fuego en la región cervical con compromiso raquidomedular e inhabilitación absoluta del paciente, pues eso descarta que la víctima estuviera en disposición física y mental de redactar una querella en los términos advertidos en el referido documento.

Desde ese punto de vista, agrega, la lógica empleada por el Tribunal parte de una premisa falsa, cual era la sanidad mental del agredido. Es un hecho cierto y demostrado, según lo admitió el ad quem, que al recibirse la citada querella ya el paciente hacía 24 horas había recibido el disparo que le generó inmovilidad total, según lo ratificaron su progenitora y el agente policial primer respondiente.

Si la ciencia mostraba que por la afectación medular le era imposible a la víctima moverse, cómo creer que estampó voluntariamente su huella y su firma en dicha querella?

Eso denota una incongruencia argumentativa que arrasa con el contenido de la querella en tanto fuente de responsabilidad penal, error que se advierte trascendente en la medida en

que esa queja fue la única catalogada como directa.

Es decir, agrega, si bien el juzgador acertó al calificar toda la prueba testimonial acá recaudada de referencia, omitió considerar que esa querella supuestamente firmada por el hoy occiso, no era creíble, porque frente a la ciencia resultaba un imposible que con un disparo en la cabeza y compromiso medular tuviera aptitud para denunciar y firmar.

Es que, afirma, de acuerdo con la ciencia y el diccionario virtual wikipedia, un trauma raquimedular, como el padecido por la víctima, implica un daño a la médula espinal que puede abarcar simultáneamente las meninges, los vasos sanguíneos y el tejido nervioso; es una lesión ocasionada a aquella a través de la columna vertebral, en donde las vértebras cervicales tienen mayor probabilidad de compromiso de lesión, afectando la conducción sensorial y motora desde el sitio donde se haya producido en forma descendente. Un paciente con lesión medular por encima de la cervical 7, no se moviliza por sus propios medios; sólo después de mucho tiempo y terapia puede evolucionar parcialmente, pero no a las 24 horas de haberse producido el trauma.

De haberse considerado tales enunciados científicos al momento de fijar el mérito suasorio de esa querella, la conclusión no podría ser otra que no se trataba de prueba directa, sino de referencia, luego, como las demás también lo eran, no podía sustentar una decisión de condena.

El Tribunal, reitera, le dio plena credibilidad al relato de la víctima, sin detenerse en su condición mental que ponía en entredicho su querella, de lo contrario hubiera cedido el paso a la duda para así confirmar la absolución de primera instancia, lo cual en efecto solicita a consecuencia de que el fallo del ad quem sea casado.

LA FISCALÍA:

El primer reparo, dice el Delegado, desconoce que la jurisprudencia tiene establecido que

las solicitudes de la Fiscalía en torno a la acción penal son actos de postulación, pudiéndose inclusive desecharse la petición de absolución perentoria por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio.

La congruencia por tanto se predica no solamente de los elementos fáctico y jurídico, sino que también la integran las actuaciones adelantadas en la imputación, la acusación, la teoría del caso, las alegaciones y la sentencia.

En este evento, el Tribunal examinó todas ellas de manera integral y la condena tuvo como fundamento los términos de la acusación, de modo que, a pesar de la manifestación final de la Fiscalía, el ad quem consideró que ese análisis demostraba la ocurrencia de las agravantes cuestionadas.

Por ello este reproche debe ser desestimado, pues la solicitud de la Fiscalía se convierte en un acto de postulación independiente de lo que pueda ser probado en el juicio.

En cuanto al segundo reparo, el Tribunal expuso de forma razonada el valor asignado a las pruebas, no solo por el homicidio, sino también por el porte ilegal de armas, entre ellas el informe pericial de necropsia, estipulado, donde se consagra no solo la minoría de edad de la víctima sino también la causa del deceso que resultaba compatible con un porte de armas de fuego; igualmente se tuvo en cuenta la estipulación acerca de que el arma con que se disparó el proyectil era un revolver de funcionamiento mecánico, calibre 38 special, y la manifestación anterior de la víctima contenida en la querella en la que ésta relata los hechos y precisa cómo fue herido con un arma de fuego, luego las pruebas relacionadas por el Tribunal indican que en efecto se examinó un porte ilegal de armas y que el acusado no tenía permiso para ello.

Respecto al último reparo, tampoco en sentir de la Fiscalía está llamado a prosperar, en la medida en que la recurrente confunde la prueba valorada y su alcance; el Tribunal calificó

como directa el testimonio de Agudelo Vargas en relación con su labor en la recepción de la declaración y no sobre ésta misma; señaló que la labor del policía se limitó a recepcionar y transcribir la querella del menor donde indicó quiénes le causaron las heridas, es decir el falso juicio de legalidad no se configuró, mucho menos cuando Agudelo Vargas practicó la entrevista con sujeción a las exigencias previstas en el artículo 402 de la Ley 906.

La sentencia de condena del acusado es el resultado de la valoración conjunta de diferentes testimonios y documentos debatidos en juicio así como de los hechos estipulados por las partes, luego es una falacia argumentativa afirmar que se basó en prueba de referencia cuando claramente existe prueba directa que corrobora el dicho de la víctima y otras que estructuran los elementos del punible, por eso no es correcto sostener que la sentencia impugnada se sustentó exclusivamente en prueba de referencia, de ahí que solicite no sea casada.

CONSIDERACIONES:

1. Más allá de que se considere legalmente oportuna o no la petición de suspensión que del proceso hace la libelista, impera examinar cuán infundada deviene sustancialmente su solicitud.

En efecto, si bien es cierto que, dado el Acto Legislativo 01 de 2018, no se ha expedido la ley prevista en la aludida reforma en la cual se concrete el procedimiento que se debe observar para asegurar la garantía de la doble conformidad frente a la primera sentencia condenatoria en segunda instancia, siendo ese el motivo por el cual la Corte precisó que, ante el vacío legal, dicho axioma podía garantizarse a través del recurso de casación y con ese propósito flexibilizó los criterios para acceder al recurso y abrió paso para que, en sede extraordinaria, se estudiara la determinación de condena conforme a las críticas formuladas por el impugnante, no menos lo es que, aunque reconoce la Sala que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente también de la imperiosa necesidad

de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la correspondiente ley.

Por eso la Sala adoptó, precisamente en la decisión citada por la demandante, concretas medidas provisionales orientadas a garantizar de mejor manera el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia por los tribunales superiores.

Para ese efecto, en aras de una solución menos traumática que implique una mínima intromisión en el ordenamiento jurídico vigente, señaló:

“...Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

...

...Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad”.

Es decir, a pesar de no existir el ordenamiento que regule concretamente ese mecanismo de impugnación, las medidas provisionales señaladas tienden a su garantía, de modo que en este asunto, sin que haya lugar a la suspensión del proceso solicitada por la defensora, se examinarán sus inconformidades con sujeción al axioma de la doble conformidad, así:

Primer cargo:

La congruencia es, en efecto, una garantía que guarda intrínseca relación con los derechos a un debido proceso y a la defensa en cuanto las exigencias de identidad subjetiva, fáctica y

jurídica aseguran que una persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia e implica, en todo caso, una delimitación del objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica.

Bajo ese elemental supuesto, surge evidente que el reproche formulado por la defensora en torno a esa garantía, carece de fundamento.

Ciertamente, la Fiscalía, al presentar su teoría del caso al inicio del juicio oral, afirmó que, a pesar de que la acusación lo había sido también por el delito de homicidio en concurrencia de las causales de agravación previstas en los numerales 4º y 7º del artículo 104 del Código Penal, probaría solamente la segunda al estimar no configurada la primera porque, aunque probablemente a la víctima se le había ocasionado la muerte por haberle hurtado a sus agresores una olla a presión, eso, en las condiciones de vida de los mismos, no resultaba ser un motivo fútil.

En otros términos, examinadas la imputación, la acusación y las sentencias de instancia e inclusive las alegaciones conclusivas de la Fiscalía, ninguna diferencia relevante se advierte entre uno y otro acto para afirmar que el supuesto fáctico de aquellas, o su calificación jurídica, o la identidad del sujeto imputado, acusado y condenado, fue variada en algún momento. Siempre, como lo relieves la Fiscalía Delegada ante esta Corporación, en esos actos la constante fue la de atribuir al procesado la comisión de los delitos de homicidio con las dos circunstancias de agravación y el de porte ilegal de armas.

Que el ente acusador hubiere planteado en su teoría del caso que, en cuanto a agravantes sólo probaría la del numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, no revela transgresión alguna a la citada consonancia, pues ésta se predica no precisamente con aquella sino esencialmente entre la sentencia y la acusación; mucho menos cuando en los alegatos de

conclusión, luego de verificada la fase probatoria, la fiscalía solicitó se dictara sentencia de condena por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de conformidad con los artículos 103, 104 numerales 4º y 7º, 31 y 365 del Código Penal, es decir que a pesar de la presentación inicial del caso terminó por pedir que se condenara también por la cuestionada agravante.

En consecuencia, por ese respecto ninguna afectación se produjo al derecho de defensa, ni al debido proceso, pues, se reitera, se acusó por el punible de homicidio agravado por esas dos circunstancias, la fiscalía pidió condena por el mismo y así se profirió la sentencia, luego en esas condiciones y a diferencia de lo sostenido por la demandante, en manera alguna se desbordaron o vulneraron los parámetros de la acusación.

Ahora, que, ante la teoría del caso expuesta por la Fiscalía, la defensa haya dejado de ejercer su rol en torno a dicha agravante, no deja de ser una afirmación carente de sustento y materialmente incorrecta, como que, no obstante, la argumentación de la Fiscalía en esa fase procesal, la defensa, al exponer la suya, incluyó el supuesto fáctico de la agravante descrita en el mencionado numeral 4º indicando que acreditaría que el hoy occiso ingresó a la vivienda del acusado para hurtarle una olla a presión, es decir, que su teoría aludió a esa agravante por igual contenida en la acusación, lo que equivale a concluir que tampoco por ese respecto puede entenderse vulnerada la garantía de defensa pues el togado encargado de la misma la propuso como materia de debate.

Además, carente de trascendencia también se advierte el reproche en la medida en que no tiene los efectos punitivos que pretende la recurrente, porque independientemente del número de circunstancias de agravación, el punto de partida siempre fue el mínimo de pena señalado en el artículo 104 del Código Penal, de modo que aunque se eliminare la agravante cuestionada, de todas maneras habría de empezar la dosificación por ese monto; la pena mínima de 400 meses de prisión prevista para el homicidio agravado no decrecería si se optare por excluir esa circunstancia, toda vez que subsistiría la otra que por igual obligaría a

ubicarse en ese mínimo sancionatorio de 400 meses.

Adicionalmente, según ya se dijo, en sus alegaciones de conclusión la Fiscalía hizo alusión a la agravante cuestionada, de ahí que la defensa pudo referirse a ella, luego no es válido aducir ahora algún tipo de sorprendimiento en ese respecto.

La censura, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo:

Denunciada a través de este reparo la vulneración del debido proceso por cuanto, al decir de la recurrente, el fallo careció de motivación en torno a la conducta punible de porte ilegal de armas y a la agravante del homicidio imputada con sustento en el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, la Sala ha precisado, en rededor de esa temática, como situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación del deber de sustentación, la ausencia absoluta de ella, la incompleta o deficiente, la equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente y finalmente la sofística, aparente o falsa.

Ocurre la primera (ausencia de motivación), cuando el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión; la segunda (motivación incompleta), si olvida analizar cualquiera de dichos supuestos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su sustento; la tercera (equívoca), porque los argumentos que sirven de apoyo a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o las razones que se invocan contrastan con la decisión tomada en la parte resolutive y la última (sofística), cuando la sustentación expuesta por el fallador contradice en forma grotesca la verdad probada.

También ha entendido que los tres primeros vicios constituyen en estricto rigor técnico un error in procedendo y el cuarto uno in iudicando, de modo que la vía de ataque de aquellos es la causal de nulidad y la del último la violación indirecta de la ley.

Por lo tanto, en principio resultaría adecuado el reparo que la demandante hace en este asunto al acusar por la senda de invalidez la sentencia impugnada, debido a la aducida carencia de motivación, esto es, a la ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos que sustenten la decisión en rededor del punible de porte ilegal de armas y la agravante del de homicidio, descrita en el numeral 7º del artículo 104 citado.

Empero, el defecto que se denuncia en dichos términos se exhibe infundado, pues confrontados tales cuestionamientos con el contenido de las sentencias de instancia, aun siendo éstas en sentido contrario, bien se advierte en las mismas la exposición razonada que sustentó la conclusión acerca de que el delito y la agravante se encontraban probados tanto en su existencia como en la autoría y responsabilidad que por los mismos cabía predicar.

Así, si se trata del punible de porte ilegal de armas, ambos fallos dieron por demostrada su comisión a través de las estipulaciones probatorias logradas por las partes, de acuerdo con las cuales se tuvo por acreditado: i) con el informe pericial de necropsia, que la causa del deceso de la víctima había sido el disparo de un arma de fuego; ii) con el informe pericial de balística, que el proyectil recuperado en el hoy occiso correspondía a un revólver calibre 38 special y iii) con el oficio del 12 de abril de 2012, expedido por el Departamento Control Comercio Armas, Municiones y Explosivos de las Fuerzas Militares, que Miguel Antonio Cadena Cetina no contaba con el permiso para el porte o tenencia de armas de fuego.

Por eso, en términos del a quo “a propósito de la materialidad de los hechos sometidos a juicio, la Fiscalía presentó como base documental de la estipulación probatoria alcanzada conjuntamente con la defensa técnica del procesado...el informe pericial de necropsia... por el que se da cuenta... que la muerte fue como consecuencia directa de una herida producida por arma de fuego en la región cervical..”, a lo cual se sumaron las declaraciones de los agentes que inicialmente atendieron el caso y quienes pudieron observar que en efecto la víctima presentaba herida por arma de fuego.

Igual fue la exposición del Tribunal, el cual además tuvo en cuenta la estipulación probatoria acordada en torno a la pericia de balística antes reseñada y en ese orden sostuvo: “para la Sala, cotejadas en conjunto tales probanzas le resulta diáfano su potencial incriminatorio como para derivar responsabilidad penal como partícipe en cabeza del acusado Miguel Antonio Cetina Cadena por los hechos a que se contrae el presente proceso, máxime cuando dentro del expediente quedó probado de un lado, que la muerte de José Fandiño fue consecuencia de ‘una herida por proyectil de arma de fuego en región cervical posterior izquierda y fractura de vértebra cervical C6 con lesión medular y de otro, que Miguel Antonio Cetina Cadena para la fecha de los hechos no contaba con permiso para el porte o tenencia de armas de fuego”.

Por ende, en contra de lo argüido por la demandante, el fallo sí contiene el debido discurso a través del cual se sustentó la materialidad del delito de porte ilegal de armas.

Otro tanto sucede en rededor de la responsabilidad, pues la argumentación expuesta en el fallo, dada la forma en que ocurrieron los hechos, no diferencia, sin que por demás resultara imperativo hacerlo en el contexto fáctico juzgado, la que se atribuye por el homicidio de la que se imputa por el porte ilegal de armas, luego toda la exposición ha de entenderse con referencia a los dos delitos, sin que fuera exigible, como ya se dijo, que tal elemento se examinara singularmente en relación con cada ilicitud.

En esas condiciones, todo cuanto dijo la víctima en su querella, incorporado al juicio a través de los testimonios de los policiales, de su progenitora y de aquel documento, sirvió al Tribunal para inferir, no solo la materialidad del delito, demostrada igualmente por otros medios, sino la responsabilidad que por los mismos se atribuyó al acusado, lo que significa nuevamente que el fallo contiene la argumentación necesaria, los fundamentos fácticos y jurídicos que en criterio del ad quem condujeron a la decisión de condena.

Por eso mismo, al examinar el contenido de esa prueba consideró el Tribunal que la víctima,

entonces de 16 años de edad y desarmada, fue abordada por dos adultos quienes lo hirieron con arma blanca y de fuego, lo que equivale a decir, sin la precisión ni la milimetría que al parecer demanda la casacionista, que fue puesto en situación de indefensión e inferioridad, lo cual resulta suficiente para entender sustentada fáctica y jurídicamente la agravante que se cuestiona.

En ese sentido, además, el ad quem expuso:

“En punto de las mencionadas agravantes debe destacar la sala en pos de preservar la congruencia que en realidad segar la vida de una persona motivado real o falazmente por el acto de apoderamiento de un utensilio doméstico como es una olla a presión, esa razón desde luego que se refleja baladí, insignificante o fútil y por esa vía no hay duda de la absoluta adecuación a la causal reseñada en el numeral cuarto del artículo 104 del estatuto punitivo y reclamada por la Fiscalía durante la audiencia de juicio oral, así como también la consolidación del aprovechamiento de la situación de indefensión, habida cuenta que no solo se trataba de un menor de dieciséis años, sino que fue sorpresivamente abordado por dos adultos armados con diferentes instrumentos de potencial peligro (punzante y arma de fuego) y ello obviamente que denotan incluso como concurrentes los factores de superioridad e imposibilidad de defensa que caracteriza esta causal de agravación”.

Esta censura, por tanto, tampoco prospera.

Tercer y cuarto cargos:

1. Formulados estos reparos subsidiarios al amparo de la causal tercera de casación, procede su examen conjunto dada la conexidad argumentativa que los sustentan, toda vez que uno y otro cuestionan, ya en su naturaleza y legalidad, ora en su credibilidad, la querella formulada por la víctima, la cual al ser valorada como prueba directa por el ad quem sirvió de fundamento, con las demás de referencia, para condenar al procesado.

2. En primer lugar, en lo que hace a la naturaleza de dicha querella, como la misma y su contenido fueron recibidos al hoy occiso cuando aún vivía, por un miembro de la Policía Nacional, se trata, a no dudarlo de una declaración rendida fuera del juicio oral que demostraría no solo todos los elementos del delito, sino la autoría y responsabilidad que por su comisión se atribuyó al procesado, es decir, responde en términos del artículo 437 del Código Penal, al concepto de prueba de referencia.

Declaración que, tras incriminar en calidad de coautores de los delitos a Miguel y a Pedro, así como su ubicación, fue introducida al juicio, no solo a través de ese documento y del investigador de la URI Jimmy Alejandro Agudelo Rojas que la recibió, sino también de los policías Yamir Murillo Mina y Olegario Vallejo y de la progenitora de la víctima, ante todos los cuales ésta señaló la manera en que ocurrieron los hechos y quiénes fueron sus ejecutores.

3. No obstante lo anterior, las instancias, aunque concordaron en que los testimonios de Yamir Murillo Mina, Olegario Vallejo, la progenitora de la víctima y Agudelo Rojas, en cuanto con ellos se introdujo la incriminación que hizo el agredido en contra de sus ofensores, no eran pruebas directas y en esas condiciones se había introducido una de referencia, presentaron sustanciales diferencias en torno a la citada querella.

Así, para el a quo, el resultado de las labores investigativas efectuadas por Agudelo Rojas “se adujo a las diligencias como prueba de referencia atendiendo el registro del fallecimiento del joven para la fecha en que se llevó a cabo la audiencia de juicio oral y el contenido del artículo 438 del C.P.P.

...no hay duda alguna para el juzgado cuando se afirma que el testimonio rendido en juicio por el investigador de la SIJIN Policía Nacional Jimmy Agudelo Rojas es un testimonio directo cuando se trató de dar cuenta del desarrollo de unas cuestionadas labores de investigación que lo habrían llevado a las instalaciones del Hospital de Meissen a entrevistar a la víctima

Edwin Fandiño Vásquez, como también lo fue cuando se le llamó a dar cuenta de las condiciones en las que esa entrevista fue realizada, sin importar los serios cuestionamientos que a ella se le hizo por el juzgado y de lo que en ella verbalmente le fue transmitido; pero se convirtió en un típico testimonio de referencia cuando la Fiscalía le dio uso a su dicho para afirmar con probabilidad de verdad que el señalamiento hecho verbalmente por la víctima en cabeza de alias Miguel y Pedro eran ciertas y concluyentes con relación a la identificación plena y la responsabilidad imputada a Miguel Antonio Cetina Cadena.

Como tampoco hay duda para el juzgado acerca de la idéntica suerte con la que corren los testimonios vertidos en juicio por los uniformados de la Policía Nacional, Yamil Murillo Mena y Franklin Olegario Vallejo Muñoz y la señora madre de la víctima Alba Nubia Vásquez. Uno y otro desde las particulares condiciones y circunstancias en las que se pudieron entrevistar con Edwin Fandiño, fueron testigos del acto mismo en el que probablemente aquél hizo algunas manifestaciones dirigidas a identificar a sus victimarios en las personas de Miguel y Pedro, pero mutan a ser testigos de referencia cuando se trata de desprender de sus dichos la veracidad de las imputaciones presuntamente hechas por el joven Fandiño Vásquez ad portas de encontrar la muerte.

Ni qué decir de la entrevista aportada al juicio por el investigador Agudelo Rojas y probablemente rendida por el mismo Edwin Fandiño Vásquez, auténtica e incontrovertible prueba de referencia”.

Para el Tribunal, en cambio, “aun cuando las versiones de la señora Alba Nubia Vásquez Ardila y de los policías Yamir Murillo Mena y Franky Olegario Vallejo Muñoz dieron cuenta de una percepción directa sobre las manifestaciones hechas por la víctima cuando aún se encontraba con vida, – por lo que en este aspecto son creíbles toda vez que fueron contestes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron tales manifestaciones-, aun cuando estas ponencias se catalogan como pruebas testificales de referencia, como quiera que se admitieron en juicio oral con el fin de probar la verdad de unos

acontecimientos de los cuales no tuvieron conocimiento personal...; no empecé ello, no acontece lo mismo de cara a su directa percepción en punto de las aseveraciones efectuadas por el occiso y en ese sentido su contenido expositivo emerge trascendente en la ulterior confrontación con las demás probanzas, entre ellas, la información vertida en la querella formulada por la víctima...

Ha de destacarse que el agente de policía Agudelo Rojas al rendir su testimonio como testigo de la Fiscalía en la audiencia de juicio oral no manifestó que el enjuiciado fuera el autor del homicidio, pues de haber sido así incuestionablemente se estaría frente a una prueba de referencia. No, lo que el funcionario hizo en su testimonio fue acreditar –en varias ocasiones- que su labor se limitó a recepcionar y a transcribir la querella de Edwin Fandiño, en la que éste claramente manifestó que Miguel y Pedro fueron los responsables de las heridas que le fueron ocasionadas en su humanidad, de manera que la prueba tiene el carácter de directa, asumiendo la autenticidad de la querella, toda vez que se tuvo conocimiento cierto sobre la persona que suministró la información y firmó”.

4. La confrontación de esos dos criterios de instancia, en torno a la naturaleza de ese específico medio de conocimiento, permite advertir equivocado el del ad quem.

En efecto, en este asunto la Fiscalía demostró con la declaración, entrevista o querella rendidas o formulada por Edwin Fandiño, cuya existencia y contenido a su vez acreditó con los testimonios de Yamir Murillo, Olegario Muñoz, Alejandro Agudelo y Alba Nubia Vásquez y el documento signado precisamente como querella, que fueron Miguel y Pedro, cuya ubicación indicó, quienes le produjeron las heridas que ulteriormente conducirían a su deceso.

Es decir, independientemente de la prueba utilizada para demostrar que la víctima hizo esa declaración y de que ésta se halle o no documentada, lo evidente es que en torno a la existencia misma de los hechos y sus autores se incorporó, dada su admisibilidad, esa

versión del agredido rendida antes del juicio, declaración que fue adjuntada a éste precisamente porque medió una de las excepciones del artículo 438 de la Ley 906, debido a su fallecimiento.

Luego, desde este punto de vista, resulta patente que la declaración de la víctima incorporada legalmente al juicio a través de testigos o de un documento, constituye una prueba de referencia, por manera que hasta ahora diríase fundado el reproche de la casacionista.

5. La prueba de referencia, constituida por la declaración que Edwin Fandiño diera a su señora madre y a los policías mencionados, así como la vertida en el cuestionado documento, la que no se debe confundir con los testimonios de los agentes ni con la querella a través de los cuales se demostró su existencia y contenido, puede acreditarse con cualquier medio probatorio; así lo precisó la Sala en sentencia del 6 de marzo de 2013, rad. No. 34509 y ratificó en la del 28 de octubre de 2015. Rad. No. 44056:

“En desarrollo del principio de libertad probatoria, la Ley 906 de 2004 no limita a las partes para utilizar cualquier medio de prueba con el fin de demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio. Sin embargo, la parte tiene el deber de procurar la mejor evidencia para realizar dicha demostración.

Tal y como sucede con cualquier otro aspecto incorporado al tema de prueba, si la parte ha elegido varios medios de prueba para demostrar un determinado aspecto del debate (en este caso de la existencia y contenido de la declaración anterior), es libre de utilizar los que considere suficientes para cumplir con la respectiva carga probatoria...

Una vez admitida la prueba de referencia, la confiabilidad de los medios de prueba utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración debe analizarse durante la valoración de la prueba”.

6. La declaración rendida por la víctima fuera del juicio oral era un medio de prueba, no un tema de ella, su propósito era demostrar la veracidad de su contenido y en ese orden el acusado tenía derecho a confrontarla en el juicio y el juez el deber de ejercer la inmediación para poder establecer su credibilidad.

El hecho de que los testigos y la querella con los cuales se acreditó la existencia y contenido de esa declaración anterior al juicio permita afirmar que la escucharon personal y directamente, no le quita el carácter de referencia; de admitir la tesis contraria sostenida por el Tribunal en este asunto, afectaría gravemente los aludidos derechos de confrontación e inmediación porque a la defensa no le fue posible, de un lado, contrainterrogar al agredido, ni al juez apreciar de qué manera éste ofrecería su declaración.

7. Fundados en ese sentido entonces resultan en principio los reparos que con sustento en la causal tercera hizo la demandante, especialmente en torno al carácter o naturaleza de la declaración que del hoy occiso se introdujo al juicio, pues, en tratándose de las versiones ofrecidas por la víctima fuera del juicio oral pero admitidas en el mismo por haber fallecido y con independencia de su legalidad o del mérito suasorio que pudiera merecer, ellas constituyen una prueba de referencia.

A propósito de la legalidad y credibilidad de esa prueba de referencia, no obstante tales inconformidades en cuanto simplemente se formularon en torno a la prueba documental o querella, olvidando que la misma declaración fue ofrecida ante los otros policiales y la progenitora del agredido, los reparos resultan incompletos, mucho más aun si, hipotéticamente excluida la cuestionada querella, persisten los demás testigos que sirvieron de prueba de la declaración ofrecida por la víctima, con anterioridad al juicio.

Ningún cuestionamiento de legalidad se plantea en ese respecto, nada reprocha la demandante en rededor de la incorporación de la versión de Edwin Fandiño a través de los testimonios de Yamir Murillo, Olegario Muñoz, Alejandro Agudelo y Alba Nubia Vásquez, ni la

Corte lo advierte, toda vez que en tratándose de una prueba de referencia fue incorporada, como ya se dijo, mediando una de las excepciones previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Y si se trata de la credibilidad, además de que sería una declaración altamente confiable debido a las circunstancias en que fue rendida y por quien así lo hizo, los reproches de la libelista simplemente se dirigen a cuestionar la posibilidad de que haya redactado y suscrito el aludido documento, no al hecho de que hubiere narrado lo acontecido ante su progenitora y los referidos miembros de la Policía, ni de que eso no fuera cierto.

En ese orden de ideas, los medios de conocimiento que acompañaron en muchos aspectos a esa declaración anterior al juicio en cuanto a las diversas circunstancias en que ocurrió el ataque confirmadas científicamente por los exámenes médico legales; la existencia de las viviendas con las específicas características que dio la víctima donde residían sus victimarios y la de éstos mismos, no dejan duda alguna de que Edwin Fandiño dijo la verdad ante su pariente y los citados servidores públicos.

8. Es que, en casos como el presente, donde la propia víctima, a pesar de las lesiones infligidas que posteriormente son la consecuencia de su deceso, alcanza a relatar a terceros lo acontecido y devela el nombre del autor o autores de los hechos ejecutados en su contra, sin que a la postre hubiese podido recaudarse su testimonio en juicio o de modo anticipado para hacerlo valer en el mismo, por lo cual, no cabe duda, se trata de una prueba de referencia admisible, su estándar de credibilidad, al momento de confrontarla con la de diversa naturaleza que la acompaña, ostenta un mayor grado que en otros eventos. Esto es así, pues, por obvias razones, quien padece las consecuencias de una agresión no tiene interés en faltar a la verdad, porque con ello lo único que lograría sería propiciar la impunidad de su atacante, de modo que sus asertos se revelan confiables en grado sumo.

Correlativamente, si bien se exige que, para soportar una sentencia condenatoria, esa

prueba, dada su condición de referencia, debe estar acompañada por otros medios de conocimiento adicionales, de éstos no se demanda una entidad superlativa, siendo por tanto suficiente con la confirmación que puedan ofrecer a la atestación del agraviado, para que en conjunto, según acontece en este evento particular, se consolide una vertiente probatoria que, más allá de duda razonable, conduzca a la certeza del hecho y de la responsabilidad del acusado.

9. En ese contexto, por tanto, una cosa es demostrar que la declaración de la víctima rendida con anterioridad al juicio constituyó prueba de referencia, admisible, legal y creíble y otra que la condena se fundó solo en aquella, aspecto en el cual las inconformidades de la casacionista nuevamente se plantean incompletas, en la medida en que se restringió sólo a lo parcialmente estimado por el Tribunal, sin examen alguno de los demás elementos probatorios incorporados al juicio y sin la debida confrontación de los mismos con lo declarado por la víctima, obviando de esa manera que ésta fue acompañada en muchos aspectos y que en esa medida no es la única prueba que sustenta la responsabilidad del acusado.

Es que, de conformidad con el inciso final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, lo que equivale a decir que prueba de esa naturaleza debe estar rodeada de otras evidencias que soporten la demostración del delito y la responsabilidad que por su comisión se imputa al procesado o, en otros términos, la prueba de referencia sí puede servir de sustento a una sentencia de condena en tanto concurren otros medios de conocimiento que la respalden.

“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”, (Sentencias de 21 de febrero de 2007 y 6 de marzo de 2008, Radicados 25920 y 27477 respectivamente y auto del 14 de septiembre de 2009, Rad. No. 32050).

“Respecto de la prueba que debe acompañar a la de referencia, como garantía para el procesado, para que la decisión condenatoria se estime válida, la Corte ha sostenido que la misma puede tener una naturaleza ratificatoria o complementaria, en la medida en que proporcione nuevos elementos trascendentes para el objeto del proceso o corrobore los que por el camino de la prueba de referencia ya existen.

Igualmente, en virtud del principio de libertad probatoria, no existe ninguna tarifa legal para establecer la suficiencia demostrativa de la prueba complementaria de cara a las exigencias del inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Es por ello que en ese propósito la prueba que acompañe a la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser directa o de carácter inferencial”, (SP-2582 de 2019, Rad. No. 49283).

10. En este asunto, además de haberse estipulado probatoriamente la identidad del acusado; el fallecimiento de Edwin Fandiño Vásquez el 2 de febrero de 2008 a consecuencia de herida por proyectil de arma de fuego en región cervical; que el hallado en el cuerpo de la víctima fue disparado con arma de fuego tipo revolver calibre 38 y que el procesado no contaba con permiso para el porte o tenencia de armas de fuego, se acreditó:

i) Con el uniformado Yamir Murillo Mina y Alba Nubia Vásquez, madre del agredido, que en verdad el señalado coautor de los hechos identificado como Miguel Cetina, vivía en efecto en

el barrio Arabia donde ocurrieron, en un rancho construido con mallas verdes y bolsas plásticas de color negro.

Alba Nubia, quien residía en el sector desde hacía 18 años conocía al agresor cinco años atrás, sabía por lo mismo que Pedro, Miguel y su hijo Edwin eran conocidos y que entre unos y otros, ni con ella, había existido antes problema alguno. Inclusive, una hermana del acusado residió en su casa, todo lo cual significa que no mediaba circunstancia alguna por la cual señalar al acusado falsamente como partícipe de los hechos.

Adicionalmente, desde un primer momento y ante el agente Murillo Mina, la víctima identificó como uno de sus agresores a su vecino Miguel Antonio Cetina con su nombre completo, dato que le sirvió, junto con la descripción de la vivienda, para establecer que ciertamente éste residía allí junto con su esposa, Adriana Rojas de 24 años de edad e identificada con la cédula No. 52744901, según información que ésta misma le suministró.

ii) Con los informes de balística y necropsia, además de las heridas causadas por arma cortopunzante y de fuego, detalles que rodearon la agresión, como que la víctima le cogió con su mano izquierda el cuchillo a Miguel, de ahí que el perito del Instituto de Medicina Legal hubiere hallado “herida estrellada por mecanismo cortante en la mano izquierda compatible con herida de defensa”.

Igual las circunstancias en que se le propinó el disparo, pues mientras el hoy occiso aseguró que se le hizo por la espalda, Medicina Legal halló el orificio de entrada en la región cervical posterior izquierda, todo lo cual demuestra que el fallecido no faltó a la verdad, toda vez que sus manifestaciones resultaron así acompañadas por otros medios de conocimiento.

Las pruebas de estos hechos no son ciertamente de referencia toda vez que el mencionado agente constató la existencia del aludido rancho y que allí vivía Miguel Cetina, mientras que a la progenitora de la víctima, no sólo le constaba en forma personal la existencia del inmueble, sino que además allí vivía el procesado, a quien conocía de antes.

Lo mismo los informes de balística y necropsia, pues los peritos determinaron de manera personal las circunstancias antes anotadas, las cuales sin duda respaldan la declaración de referencia rendida por Edwin Fandiño y legalmente incorporada al juicio.

No es cierto por tanto que en este asunto sólo existen pruebas de referencia, como tampoco lo es, a diferencia de lo expresado por la impugnante, que medios de conocimiento de dicha naturaleza no pueden concurrir a fundamentar una condena. Aquí, es verdad, medió una prueba de referencia, pero también otras que sin serlo la complementaron o acompañaron, resultando todas ellas, en conjunto, suficientes para obtener el conocimiento, más allá de toda duda, de que Miguel Antonio Cetina Cadena fue el coautor responsable de las conductas punibles por las cuales se le acusó.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. No casar el fallo impugnado.
2. En consecuencia, confirmar la sentencia de segunda instancia, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Miguel Antonio Cetina Cadena como responsable de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria