

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP1282-2021

Radicación n° 54.449

(Aprobado Acta No. 84)

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte examina los presupuestos de lógica y debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de Johan Steven Tabares, contra la sentencia del 18 de septiembre de 2018 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que negó la nulidad

deprecada y confirmó la sentencia del Juzgado Noveno Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, mediante la cual lo condenó como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 26 de enero de 2013, cerca de la carrera 9 norte con calle 72 C de la ciudad de Cali, se encontraba Alexander Valencia Arce haciendo ejercicio en un sector conocido como “El planchón”, cuando de manera intempestiva fue atacado, por su costado derecho, por Johan Steven Tabares, con un arma de fuego, respecto de la cual no tenía permiso para su porte.

El agresor le disparó en tres oportunidades a la víctima, dos en el pecho y una en la cara -comisura labial derecha-. Producto de ello, aquél falleció instantes después.

El victimario huyó al encuentro de otro sujeto que lo esperaba.

2. El 17 de abril siguiente, ante el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con funciones de control de garantías de la capital vallecaucana, se legalizó la captura de Johan Steven Tabares y se le formuló imputación por los delitos de homicidio agravado y fabricación,

tráfico o porte de armas de fuego o municiones (artículos 103, 104.7 y 365 del Código Penal).

3. El escrito de acusación se radicó el 16 de mayo de 2013² y, su verbalización se produjo el 25 de septiembre ulterior ante el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Cali³.

4. El 29 de abril de 2014 se surtió la audiencia preparatoria⁴ y, el juicio oral se desarrolló en diferentes sesiones (7 de noviembre de 2014⁵, 13 de mayo de 2015⁶, 25 de mayo⁷, 15 de septiembre de 2016⁸ y 19 de enero⁹, 3 de agosto¹⁰ y 16 de noviembre de 2017¹¹). Culminado el debate público se emitió sentido de fallo condenatorio.

5. La sentencia de rigor se profirió el 5 de marzo de 2018, a través de la cual se condenó a Johan Steven Tabares por los punibles de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, a la pena de prisión de 412 meses, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 20 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un lapso de 15 años. Igualmente, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.¹²

6. El abogado defensor formuló el recurso vertical¹³ y, el Tribunal Superior de Cali emitió sentencia el 18 de septiembre de igual año negando la nulidad deprecada y confirmando la providencia objeto de apelación.¹⁴

7. La defensa interpuso el recurso extraordinario de casación dentro del término legal¹⁵ y presentó el libelo correspondiente en tiempo¹⁶.

LA DEMANDA

El letrado identifica la sentencia recurrida y los sujetos procesales, resume la cuestión fáctica y la actuación procesal relevante, luego de lo cual postula dos cargos.

1. Primero

Al amparo de la causal segunda del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el censor acusa la violación del debido proceso, por afectación sustancial en su estructura o de la garantía debida a las partes.

Recuerda que la sentencia recurrida despachó desfavorablemente la solicitud de nulidad por afectación del principio de congruencia, descartando la falta de correspondencia entre el sentido del fallo y la sentencia, ya que el juez de primer grado clarificó que concurría la circunstancia de indefensión de la víctima como agravante del homicidio, la cual fue debidamente deducida y formulada en su momento por el órgano persecutor.

Conforme a lo anterior, el censor asevera que la violación del postulado de consonancia no se materializó entre la acusación y la sentencia, sino entre la formulación de imputación y el fallo de primera instancia.

Lo anterior, por cuanto en el acto de imputación se le atribuyó a Johan Steven Tabares la comisión de los punibles de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones y homicidio agravado por el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal; sin embargo, en dicha diligencia se indicó que el homicidio se perpetró en especiales circunstancias de indefensión o inferioridad de la víctima, lo cual generó incertidumbre frente a los supuestos fácticos de dicha agravante, ya que esta admite múltiples fundamentos de hecho. Adicionalmente, se expresó que aquella operaba porque el occiso no se encontraba en servicio al momento de su deceso.

En la audiencia de formulación de acusación se relacionó la agravante de indefensión como circunstancia medial del homicidio, pero en el anuncio del sentido del fallo el juez no fundamentó ni fáctica ni jurídicamente dicha situación especial.

Asimismo, se tuvo en cuenta el numeral 7º del canon 104 del Estatuto Sustantivo Penal para la tasación de la pena, pero por razones distintas a las comunicadas en la imputación de cargos a Johan Steven Tabares, lo cual vulneró la congruencia exigida entre la imputación, la acusación, el sentido del fallo y la sentencia.

Así, pues, el procesado fue llevado a juicio bajo el entendido de que la indefensión del occiso se originó porque este no portaba el uniforme de la policía el día de los hechos, lo cual genera confusión y no encuentra soporte lógico, además que, la defensa no está obligada a suplir las falencias argumentativas de la Fiscalía.

El fallador, por su parte, dedujo la agravante de la imposibilidad de repeler el ataque y no del hecho de que la víctima estaba fuera de servicio.

Solicita anular la sentencia recurrida y, en consecuencia, realizar la redosificación de la pena excluyendo la circunstancia de intensificación punitiva.

2. Segundo

Con apoyo en la causal tercera del artículo 181 de la Ley Adjetiva Penal, el demandante denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, debido a que, a su juicio, se apreció de manera equivocada la declaración del testigo de cargo único, lo que llevó a acreditar erróneamente la existencia de la agravante y la responsabilidad penal del acusado.

Frente a la circunstancia de agravación, asegura que no se ofreció una verdadera motivación respecto a su concurrencia, lo cual se debe a la imprecisión de los hechos referidos en el escrito de acusación, ya que no se explicó el fundamento de dicha condición

particular.

Por lo anterior, el censor considera que, no se probó la existencia de la indefensión de la víctima del delito, por lo cual, asevera que el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal se aplicó de manera inadecuada, en la medida que la sentencia objeto del recurso no fundamentó la presencia de la agravante en comento.

Así, pues, asegura que no se demostró que i) Valencia Arce se encontraba en condiciones de inferioridad, ii) fue puesto en dicho contexto por el acusado o, iii) el procesado se valió de la circunstancia para perpetrar el homicidio, a lo cual se adiciona la ausencia de sustento fáctico y jurídico sobre la indefensión, lo que es contrastable con la declaración de Oscar Osorio Llanos, quien manifestó que los impactos no fueron propinados por la espalda, e incluso que Alexander Valencia Arce estaba en compañía de un canino.

Puntualiza que, la causal de agravación discutida carece de fundamento probatorio y, por consiguiente, se debe tener como inexistente, por lo cual corresponde descartar dicha situación especial.

Respecto a la valoración del testigo de cargo único, aseguró el censor que, Oscar Osorio Llanos incurrió en contradicciones trascendentales en el interrogatorio cruzado, concernientes a i) la vestimenta del agresor el día de los hechos, ii) la posibilidad de ver al acusado mientras huía, al tiempo que sintió que su vida corría peligro -pues el enjuiciado se

dirigió hacia él- y iii) la parte del cuerpo en que la víctima recibió los impactos de arma de fuego, ya que el testigo aseguró que se ubicaron a nivel del pecho, sin embargo, dos de aquellos le fueron propinados en el rostro.

Aunado a lo anterior, refiere que este declarante solicitó ayuda a un policial que estaba en la sala de audiencias para responder a una pregunta formulada por el defensor, lo cual configura una burla a la administración de justicia, toda vez que se infiere que el deponente estaba aleccionado, para así atribuir falsamente responsabilidades a Tabares.

Concluye diciendo que Oscar Osorio Llanos exhibió inconsistencias frente a su percepción de los hechos, lo cual fue denunciado por la defensa para atacar su credibilidad como testigo; pese a ello, ninguna de las instancias acató los reparos formulados al respecto.

Ante la existencia de dudas frente a la responsabilidad penal del procesado, solicita revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, emitir fallo absolutorio.

1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del Estatuto Adjetivo actual, el recurso extraordinario de casación tiene como finalidad «la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia».

Con tal propósito, el inciso 2º del canon 184 ejusdem fijó las reglas mínimas de admisión, estableciendo que no se seleccionará el libelo en el que i) el demandante carezca de interés para acceder al recurso, ii) no se invoque la causal conforme a la cual se edifica el reproche de las contempladas en el artículo 181 ibidem, iii) omita desarrollar los cargos correspondientes o, iv) fundadamente se logre establecer que no se requiere de la sentencia para cumplir las finalidades previstas en el aludido precepto 180; lo anterior, salvo que alguno de esos propósitos permita superar los defectos técnicos que exhiba el escrito y decidir de fondo.

También tiene decantado la jurisprudencia que la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que ha de soportarse en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación debida, prioridad, no contradicción, corrección material, crítica vinculante y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

2. El libelo examinado no satisface los requisitos mínimos que exige el referido canon 184 para su admisión, empezando porque no identifica la finalidad que se propone con el recurso, de las descritas en el artículo 180.

2.1. Primer cargo

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

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

Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los postulados que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación¹⁷, protección¹⁸, instrumentalidad de las formas¹⁹, trascendencia²⁰ y residualidad²¹, pues si se avizora que el defecto denunciado no logra afectar en grado sumo el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche.

2.1.1 El principio de congruencia es una garantía de los sujetos procesales, consagrada en el artículo 448 de la Ley Procedimental Penal y, de cuyo texto, se desprende el carácter

constante e inmutable que debe ostentar el aspecto fáctico al interior de una causa penal.

Lo anterior se torna indispensable para la debida materialización del derecho de defensa, habida cuenta que, el procesado debe conocer plenamente los hechos por los cuales se le va a enjuiciar, para evitar que sea sorprendido intempestivamente con aspectos nuevos frente a los cuales no tuvo la posibilidad de ejercer contradicción.

Aunado a ello, la jurisprudencia ha dicho, en reiteradas ocasiones, que el principio de congruencia responde a tres factores, i) personal, ii) fáctico y, iii) jurídico; el primero y el segundo son inalterables, es decir, deben permanecer constantes desde el inicio del proceso y hasta su culminación y el tercero es el único que admite variaciones, siempre que i) la nueva calificación jurídica no resulte más gravosa al procesado, ii) no se altere el núcleo esencial de los hechos imputados, iii) el nuevo delito sea de menor entidad y, iv) no se lesionen los derechos de las partes e intervinientes con la variación.

2.1.2 Descendiendo al asunto de la especie, es notorio que el censor no señaló la causal de nulidad en que funda el reproche, de las descritas en los artículos 455 a 457 de la Ley 906 de 2004, y vulneró los principios de no contradicción y corrección material al aseverar que se inobservó el axioma de congruencia por parte de los sentenciadores, al entender acreditada la agravante descrita en el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, pese a que, según el letrado, no fue comunicada con claridad en la formulación de imputación -indefensión o inferioridad (aprovechamiento o puesta la víctima en alguna de esas situaciones), se dedujo en las instancias conforme a un supuesto fáctico diverso al consignado en la imputación y careció de soporte fáctico y jurídico en el sentido del fallo.

2.1.2.1. En efecto, para empezar, el censor no fue claro ni coherente al señalar el acto procesal respecto del cual se reputa la incongruencia con la sentencia, pues, al principio, igual que lo hizo en la apelación, indicó que ella provino de la divergencia con lo argumentado por el a quo en la sentencia y el sentido del fallo, pero, más adelante, señaló que, no es eso lo que discute y que el dislate se presentó entre el acto de formulación de imputación y la providencia de primera instancia. No obstante, posteriormente, indicó que la agravante de indefensión se relacionó en la audiencia de verbalización de la acusación, pero, al proferir el sentido del fallo fue omitido fáctica y jurídicamente por el sentenciador y, por último, incluso, argumentó que la anomalía resulta de las diferencias en lo atribuido en “la imputación, la acusación y el sentido del fallo y la sentencia”.

Así, pues, el planteamiento desordenado del reproche muestra que el libelista no tiene certeza sobre cómo se habría socavado finalmente la garantía alegada.

A ello se suma que, se limitó a repetir que la agravante endilgada no fue fundamentada “ni fáctica ni jurídicamente” y a señalar, a veces, que el defecto proviene de la indeterminación sobre la circunstancia específica de agravación deducida y, en otras ocasiones, que resulta de la divergencia de supuestos de hecho empleados por la judicatura para atribuirla.

Y es que, si el yerro engendraba un problema respecto a la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, el demandante tenía la carga de demostrar la alteración fáctica

de cara a la imputación y la acusación, pero, si la anomalía era alusiva al aspecto jurídico, debía desvirtuar las posibilidades de tal modificación, tópicos frente a los cuales fue absolutamente silente.

2.1.2.2 Ahora, de superar dicha deficiencia argumentativa, se advierte que el casacionista desconoció la realidad procesal, pues la supuesta incongruencia que alega, no se configuró en ninguno de los escenarios propuestos.

Así, por una parte, aunque el defensor asegura que, la inconsonancia surge de que, en sede de imputación, al investigado se le atribuyeron indistintamente las circunstancias de indefensión o inferioridad –en sus vertientes de aprovechamiento o puesta la víctima en ellas-, con fundamento en que la conducta se cometió cuando el ofendido no portaba su uniforme de policía, porque estaba fuera de servicio, y en las instancias ella se habría deducido, en cambio, de la imposibilidad de defenderse mientras hacía ejercicio, frente al sorpresivo ataque, es claro que ello corresponde a una verdad a medias, que conspira contra la idoneidad del cargo.

En realidad, la verificación preliminar de la actuación permite establecer que, el fiscal no endilgó, en el acto de imputación, de forma simultánea, una y otra modalidad de indefensión o inferioridad –en sus dos variantes- y tampoco comprendió exclusivamente el hecho de no vestir, el ofendido, las prendas de uso privativo de la policía, sino que al imputar el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, el fiscal leyó el tenor literal de la norma, para a continuación deducirle la circunstancia de aprovecharse de la indefensión de la víctima, precisando que:

(...) el subintendente de la policía nacional no se encontraba de servicio activo en ese preciso momento, pues era un miembro activo de la policía nacional, sí, pero en ese momento no se encontraba ni siquiera con una prenda de uso militar que dijéramos que a usted lo hubiera llevado a cometer dicho homicidio. Esta persona estaba indefensa, se encontraba en una práctica deportiva porque así era su diario vivir, después de que podía salir de turno o de los extenuantes turnos que tiene la policía nacional y que en los momentos libres que tenía después de almorzar en su residencia había cogido como costumbre de (sic) salir a esa zona del jarillón a practicar deporte y que siempre lo hacía en compañía de su perro o mascota que era quien lo acompañaba para el momento de los hechos. Y no podemos decir señor juez que de pronto el hoy occiso al utilizar su perro o su canino para que lo acompañara en esa práctica deportiva pues ese sería un medio de defensa personal de algún ataque que él pudiera sufrir en sus prácticas deportivas. No. Así no lo entiende la Fiscalía y de acuerdo a los elementos materiales probatorios que tiene en cuenta la Fiscalía, el hoy occiso el subintendente de la policía nacional estaba indefenso al momento en que fue atacado con proyectiles de arma de fuego (...).22

Del mismo modo, en la formulación de acusación, se reiteró que la agravante enrostrada procedía porque el procesado aprovechó el estado de indefensión en que se encontraba la víctima, aclarando en el relato de los hechos que fue sorprendida por su atacante cuando se encontraba haciendo ejercicio.

Por su parte, los falladores, siguiendo el marco de la imputación y, por supuesto de la acusación, dedujeron la circunstancia de indefensión en su cariz de aprovechamiento, pero, contrario a lo sostenido por la defensa, no tuvieron como supuesto fáctico de la misma que el agredido no portara su uniforme de policía, sino que se apoyaron en la imposibilidad de

Valencia Arce de defenderse, debido a que fue sorprendido con el ataque de arma de fuego mientras se encontraba haciendo ejercicio, hecho jurídicamente relevante que hizo parte de la imputación por parte del ente de persecución penal.

Al respecto, luego de aludir a los supuestos normativos de indefensión o inferioridad consagrados en el numeral 7º ibidem, el a quo sostuvo que:

(...) lo que quedó demostrado, en este caso, es que la víctima ALEXANDER VALENCIA ARCE, se contrae en una situación de indefensión, pues comporta una falta de defensa ese día de los hechos, no había forma de ampararse o de libarse (sic) de ese ataque sorpresivo, pues el lugar destinado para hacer deporte y esto fue lo que se demostró por parte de la fiscalía en el juicio oral y público, un homicidio agravado.²³

Y, el Tribunal argumentó, asimismo:

Finalmente, en lo que toca a la falta de comprobación de la circunstancia de agravación específica correspondiente a la indefensión de la víctima, tampoco la Sala encuentra que dicha situación no haya sido probada al interior del legajo, pues perfectamente se pudo demostrar que[,] al policial ALEXANDER VALENCIA ARCE, se le ultimó cuando estaba realizando ejercicios en el planchón de su vecindario, que fue sorprendido por el procesado y no pudo reaccionar al ataque dado lo intempestivo del mismo. Sobre esta situación no hay ninguna duda, y por ende, tampoco prosper[a] la exoneración de la causal que agravó su

conducta delictiva.²⁴

Lo anterior devela, sin lugar a equívocos, lo contraevidente de la propuesta del recurrente, en la medida que, no es cierto que la Fiscalía o los juzgadores hicieran uso concurrente, en el caso concreto, de las cuatro variantes de agravación previstas en el numeral 7º del canon 104 de la Ley 599 de 2000, tampoco lo es que el único supuesto de hecho señalado por el órgano investigador para imputar la circunstancia de aprovechamiento de la indefensión tuviera que ver con que el agredido no portara las prendas de uso restringido de las fuerzas armadas al momento del fatídico crimen, pues, se insiste, también aludió a que el ataque con arma de fuego se perpetró mientras la víctima practicaba una actividad deportiva, lo cual le impidió reaccionar a la intempestiva agresión.

De otro lado, tal como lo destacó el ad quem, al desvirtuar la nulidad deprecada en la apelación, no le asiste razón al letrado cuando asegura que la mencionada agravante no fue objeto del sentido del fallo.

Repárese aquí que, además de la mención expresa que hizo el juzgador al anunciar su decisión, sobre que la condena por homicidio comprendía la circunstancia consagrada en el numeral 7º del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, también indicó que ella se concretaba a la situación de indefensión y, asimismo, señaló como probado que la muerte violenta en la que se empleó un arma de fuego sucedió cuando el ofendido se encontraba haciendo ejercicio.

Y, aunque, en esa ocasión, el juzgador no especificó que este hecho concreto se adecuaba a la situación de indefensión, lo cierto es que el censor ignoró que el anuncio del sentido del fallo se integra de manera inescindible a la sentencia de primera instancia en un acto complejo, siempre que tengan el mismo alcance (CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 27518, CSJ 14 nov. 12, rad. 36333).

Al efecto, explicó la colegiatura:

En este orden, tendrá que dejar en claro esta Magistratura de inmediato que la supuesta falta de congruencia entre el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, no se predica, como parece entenderlo el libelista, de la concreción sobre la agravante descrita en el artículo 104 numeral 7º del C.P., sobre si se trató de una indefensión o inferioridad, pues el Juez en su anuncio dejó por sentada la concurrencia de la agravante específica en mención y ya era de su resorte explicar en la sentencia porqué se encuentra probada, o la motivación en que se funda para aplicarla conforme el pedimento de la Fiscalía.

En efecto, pese a que el defensor nada dijo sobre la trascendencia de la nulidad y la forma en que ésta repercute en los derechos de su pupilo, no está demás recalcar que a folio 185 de la carpeta se observa que el Juez dijo con claridad que la situación demostrada en el plenario fue la indefensión de la víctima que fue sorpresivamente abordada en un lugar donde se hace deporte por el agresor, y atacada a tiros sin oportunidad alguna de defenderse.

Por lo tanto, ninguna nulidad puede predicarse por incongruencia entre el sentido del fallo y

la sentencia, ya que expresamente el Juzgador dejó en claro porqué concurre tal circunstancia específica de agravación deducida y formulada por la Fiscalía, careciendo de sustento que a estas alturas la defensa se duela de incomprensión sobre la misma o su desconocimiento.²⁵

Como se observa en los razonamientos del Tribunal, la supuesta vulneración del principio de congruencia es irreal, de manera que, la colegiatura acuciosamente contrastó lo alegado por el defensor con el pronunciamiento del fallador de primer grado, encontrando inanes los planteamientos nugatorios, habida cuenta que el Juez unipersonal realmente sí abordó y determinó la agravante del homicidio, dejando por sentado que se trataba de una especial circunstancia de indefensión.

Así, pues, es evidente la confusión en que se encuentra sumido el censor, derivada de no comprender el fundamento de la circunstancia de agravación imputada a su prohijado, lo que no significa que la misma no hubiese sido debidamente formulada por el ente persecutor y, deducida por las instancias.

Por lo anterior, la censura no será admitida.

2.2 Segundo

Aunque el censor se apoyó en la causal tercera para denunciar el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia impugnada, omitió deliberadamente establecer cuál es el motivo concreto de violación indirecta de la ley sustancial en que funda su disenso.

En realidad, el libelo abiertamente inexacto y lesivo de los principios de claridad, precisión y fundamentación debida se limita a presentar una disertación particular sobre la apreciación del testimonio único de cargo, que, incluso, con gran dificultad se podría adecuar a un alegato de libre factura.

Ciertamente, inadvierte el litigante que no cualquier inconformidad con la valoración probatoria puede derruir la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo de segunda instancia. La estructuración de los cargos exige proponer y demostrar la existencia de un yerro capaz de modificar sustancialmente el sentido de la decisión acusada. Para ello, se debe seguir la metodología decantada por la Sala, según se trate de cada una de las vertientes de error.

Así, si el defecto corresponde a una anomalía en el ejercicio de la valoración de los medios de convicción, el casacionista debe acudir a los errores de hecho por falso juicio de existencia –por omisión o suposición-, falso juicio de identidad –por adición, cercenamiento o tergiversación- o raciocinio –por violación de las leyes de la sana crítica (reglas de la experiencia, axiomas lógicos o postulados científicos)- o si de lo que se trata es de reprobar la producción o formación de los medios cognoscitivos le corresponde acudir a los errores de derecho por falso juicio de convicción –por supresión o suposición de una tarifa probatoria- o

legalidad.

En todos los casos, el libelista no solo está obligado a demostrar a cabalidad la existencia del defecto, sino la capacidad de variar el sentido del fallo.

El demandante no procedió de la forma indicada. Su intención se torna oscura y ambigua, ya que la Corte no puede dilucidar si el objetivo del cargo planteado es revisar el cumplimiento de las formas de aducción y producción del testimonio de Oscar Osorio Llanos o, evaluar los posibles errores en que incurrieron las instancias al sopesar dicha declaración.

Incluso, vulnera los principios de autonomía y no contradicción, porque a la par que se queja de la equivocada estimación de dicha prueba, asegura que la condena por el delito de homicidio agravado adolece de «una verdadera motivación que permita sustentar las razones por las que se considera que el injusto contra la vida se cristaliza bajo una especial condición de indefensión»²⁶, lo cual sería del resorte de la causal segunda de casación, además que alegó la indebida aplicación del numeral 7º del canon 104 del Código Penal, yerro que, entonces, concierne a la infracción directa de la ley sustancial, regulado por la causal primera de casación.

De cualquier manera, es imperioso señalar que el letrado se aleja de la realidad procesal cuando asegura que no fue debidamente motivada la atribución de la circunstancia

agravante de indefensión, pues como se anotó atrás, las instancias la dedujeron a partir del hecho probado de que la víctima se encontraba haciendo ejercicio cuando fue sorprendido con el ataque homicida, con arma de fuego, lo cual le restó toda posibilidad de defenderse y de salir con vida de la agresión.

El jurista intenta rebatir el acierto de dicha premisa, bajo la idea de que el ofendido no fue ultimado por la espalda y estaba acompañado de un perro; sin embargo, no explicó a la luz de las leyes de la sana crítica, la razón por la que tales condiciones modales exonerarían la situación de indefensión, como circunstancia intensificadora del tipo, endilgada a su cliente, lo cual tendría que haber intentado por la senda del falso raciocinio.

En cambio, equivocadamente se adentró a criticar el examen que los falladores realizaron del testimonio de Oscar Osorio Llanos, arguyendo la falta de credibilidad del declarante, de cara a sus presuntas inconsistencias a la hora de absolver el interrogatorio cruzado, olvidando que, el mérito conferido a una prueba no es susceptible de ser discutido en sede de casación, dada la relativa discrecionalidad de los jueces para sopesar el acervo probatorio, salvo que, por la ruta del falso raciocinio, se demuestre la violación de las leyes de la sana crítica.

Y, es que, en el caso concreto, las sentencias dan cuenta de que los jueces –unipersonal y colegiado- apreciaron su declaración con apego al sistema de persuasión racional y los criterios delimitados por la ley y la jurisprudencia para la valoración de la prueba testimonial, como lo son, la capacidad de rememoración del deponente, su comportamiento en la vista pública, la facilidad en la producción de las respuestas y, el estado de los

sentidos a través de los cuales percibió lo testificado.

Es así como el demandante, sin ninguna fórmula de juicio, llama la atención sobre las contradicciones en que habría incurrido Osorio Llanos, en torno a i) las prendas de vestir que lucía el agresor el día de los hechos, ii) el recorrido que siguió el victimario al huir y iii) la ubicación de los disparos en el cuerpo del herido, divergencias que, según el censor, no fueron estudiadas por los juzgadores.

Sobre el particular, además que, no es verdad que los jueces singular y plural no se ocuparan de sopesar algunas inconsistencias en las que incurrió el testigo, se observa que el defensor no fue fiel a los contenidos del relato del citado deponente, lo que, redundando en la inidoneidad del reparo.

No hay ninguna inexactitud en torno a la ruta que tomó el agresor una vez perpetrados los disparos, pues, como lo sostuvo el Tribunal, el testigo indicó que aquél pasó por su lado, saltó el planchón y se dirigió hacia donde lo esperaba otro sujeto. Entonces, no es cierto que el deponente expresara que ambas acciones –pasar por el lado y saltar el planchón– se hubieran hecho de manera simultánea, como parece entenderlo el libelista, para derivar una suerte de violación del principio de no contradicción.

Igualmente, frente al lugar corporal de los impactos, el demandante pretende desacreditar el dicho de Osorio Llanos, señalando que éste indicó que todas las heridas se produjeron a

nivel del pecho de la víctima, pese a que se probó, sostiene, que dos de ellos fueron propinados en el rostro del occiso. Sin embargo, además que, contrario a esto último, se acreditó que dos de los disparos impactaron en las inmediaciones del tórax de la víctima, la pequeña inconsistencia del deponente fue desestimada en los siguientes términos por el Tribunal:

Pues bien, como se denota y escuchado el audio con detalle, esta Colegiatura advierte absoluta contundencia y claridad en la narración otorgada por este testigo, que sin dubitación alguna señala al aquí procesado como el responsable de los acontecimientos que avizoró ese 26 de enero de 2013. No existe ninguna contradicción en los dichos de este deponente que con tal serenidad y seriedad dijo haber observado al señor Johan Steven Tabares, dispararle a Alexander Valencia Arce, en el pecho, y como se denota del informe pericial de necropsia No. 2013010176001000251, en la parte de descripción de lesiones traumáticas, dos de los disparos impactaron en la clavícula y hombro derecho la víctima, mientras que el tercero lo hizo en la región lateral derecha de la boca, avizorándose que esos dos primeros disparos referidos lesionaron el pulmón derecho y fracturaron la tercera y cuarta costilla, laceraron el esófago y la tráquea, de tal suerte que por la ubicación de esas dos heridas el testigo de visu interpretó que habían sido ocasionadas en el pecho, aunado a que el rastro de sangre que bañó la camiseta del hoy obitado en su tórax, pudo influir en la percepción que tuviera Oscar Osorio Llanos, en su momento sobre la ubicación de las heridas.

Ahora, si el testigo Oscar Osorio Llanos, dijo que observó a Johan Steven Tabares, dispararle en el pecho a Alexander Valencia Arce, evidentemente dicha situación se compagina con la región, que[,] en efecto, resultara afectada con las heridas que le fueran

ocasionadas las cuales se determinaron con orificios de entrada a nivel de la clavícula y el pecho. Distinto hubiese sido si los tres disparos hubiesen sido en la cabeza y el testigo refiriera que los observó a la altura del corazón, lo cual muy seguramente le restaría credibilidad a lo que realmente observó, ya que dichas regiones corpóreas distan con suficiencia.²⁷

Diáfano resulta que, el censor negó la realidad procesal establecida por el ad quem, toda vez que el Tribunal consideró intrascendente la imprecisión del testigo sobre la posición de las heridas causadas, justificando tal dislate en la cercanía de la parte del cuerpo impactada con la observada por el testigo, esto es, clavícula y pecho.

Finalmente, igual suerte corre la presunta preparación o “aleccionamiento” de Oscar Osorio Llanos, que, de acuerdo con el censor, sería notoria porque el declarante solicitó al custodio que le proporcionara la respuesta que debía ofrecer a un cuestionamiento realizado por la defensa.

Al respecto, la crítica deviene irrelevante porque la situación que se hace ver como una preparación ilegal del testificante no tuvo incidencia en la declaratoria de responsabilidad del encartado, ya que, realmente, i) la pregunta realizada no versaba sobre la materialidad del delito o el compromiso penal del acusado, ii) el custodio no es parte ni interviniente dentro de la actuación, por lo tanto, no tiene interés en el desenlace del proceso y, iii) al testigo se le dificultó realizar la operación matemática para responder a la pregunta

concerniente a cuántos años llevaba viviendo en el sector, por lo cual, ingenuamente, solicitó ayuda al policial presente en la audiencia.

La intrascendencia de dicho episodio fue evaluado por la colegiatura, de la siguiente forma:

Tampoco se observa aleccionamiento del testigo, como lo asegura en su escrito sustentatorio, pues ante el contrainterrogatorio de la defensa sobre cuántos años lleva viviendo en el sector, el señor Oscar Osorio Llanos, contestó que desde 1998, observándose que se le dificultó hacer la cuenta desde esa data hasta la fecha de la audiencia y pidió ayuda de un hombre presente, al parecer un policial, sin que ello signifique que estaba preguntándole a alguien más cómo debía contestar. Suficiente le era a la defensa rellenar esa dificultad numérica indicándole al testigo que según la fecha dada, llevaba aproximadamente 19 años residiendo en esa zona urbana de esta localidad, y proseguir con el contrainterrogatorio normalmente ya que ese dato sobre el tiempo de residencia, nada tenía que ver con los hechos que ahora se investigan.²⁸

Por todo lo manifestado, es que la Sala considera que el segundo cargo postulado en la demanda, fue un constante discurrir de las discrepancias infundadas del defensor con las conclusiones de los sentenciadores, lo que indiscutiblemente desafió la verdad procesal establecida por las instancias, al tiempo que, inadvirtió los axiomas rectores del recurso extraordinario y la técnica del mismo.

Sin más, se torna forzosa la inadmisión de la demanda.

3. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decide no darle curso a un libelo de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde el auto del 12 de diciembre de 2005, radicación 24.322 y precisadas en auto CSJ AP, 25 jun. 2014, rad. 42.597.

4. Resta señalar que, si bien el recurso extraordinario de casación no constituye una oportunidad para rebatir el criterio del juzgador como si se tratara de una instancia adicional, sí comporta un control de legalidad y constitucionalidad concreto frente al fallo recurrido, que propende por la eficacia de los fines previstos en el artículo 180 del ordenamiento procesal penal vigente, estos son, la guarda de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios, la unificación de la jurisprudencia y la realización del derecho material.

En ese orden, el artículo 184, inciso 3º de la Ley 906 de 2004, faculta a la Corte a actuar oficiosamente, cuando aun inadmitiendo la demanda de casación advierta la necesidad de hacer efectivo el derecho material, preservar o restaurar las garantías de los intervinientes, reparar los agravios inferidos a éstos o unificar la jurisprudencia por razones distintas a las planteadas en el libelo.

Esta es la ocasión, pues la Sala advierte que, al dosificar la pena de privación del derecho a

la tenencia y porte de armas se impuso en el máximo posible infringiendo el sistema de cuartos, lo que amerita un pronunciamiento oficioso de la Corte, a fin de restablecer las garantías del enjuiciado, concretamente, el principio de legalidad.

Así las cosas, una vez emitida esta decisión y cumplido el rito de la insistencia, el expediente regresará al despacho del Magistrado Ponente con el propósito de que la Corte se pronuncie oficiosamente acerca de la posible vulneración de derechos fundamentales, conforme se ha indicado.

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

RESUELVE

Primero: Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Johan Steven Tabares, contra la sentencia del 18 de septiembre de 2018 del Tribunal Superior de Cali.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Tercero. En firme la anterior decisión y cumplido con el referido trámite, regresar la

actuación al despacho del Magistrado Ponente para que la Sala se pronuncie oficiosamente acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales.

Notifíquese y cúmplase

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cfr. folios 2-3 del cuaderno de audiencias preliminares.
- 2 Cfr. folios 12 vuelto-15 del cuaderno de la Corte.
- 3 Cfr. folios 18-19 del cuaderno principal.
- 4 Cfr. folios 54-59 ibidem.
- 5 Cfr. folio 100 ibidem.
- 6 Cfr. folio 113 ibidem.
- 7 Cfr. folios 146-147 ibidem.
- 8 Cfr. folio 150 ibidem.
- 9 Cfr. folio 157 ibidem
- 10 Cfr. folio 168 ibidem.
- 11 Cfr. folio 175 ibidem.
- 12 Cfr. folios 184-189 ibidem.

13 Cfr. folios 190-207 ibidem.

14 Cfr. folios 217-225 ibidem.

15 Cfr. folio 230 ibidem.

16 Cfr. folios 234-261 ibidem.

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

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

19 Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

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

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

22 Cfr. record 42:06-42:37 del audio 1 del Cd contentivo de las audiencias preliminares.

23 Cfr. folio 185 del cuaderno principal.

24 Cfr. folios 217-218 ibidem.

25 Cfr. folios 221-222 vuelto ibidem.

26 Cfr. folio 247 ibidem.

27 Cfr. folios 218-219 vuelto ibidem.

28 Cfr. folio 218 ibidem.