

Radicado : XXXX
Acusado : XXXXX
Asunto : demanda de casación.

H. Magistrados,

Corte Suprema de Justicia

Sala de casación penal

Bogotá D.C.

E. _____ S. _____ D. _____

XXXX mayor de edad, domiciliado en la ciudad de XXX, abogado con T.P. No. XXX del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como defensor del Señor XXX, respetuosamente me dirijo a esa Corporación con el fin de presentar la demanda de casación que formulo a continuación:

1.- IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES Y DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1.1. En el proceso que nos ocupa, son sujetos procesales:

1.1.1. XXXX, como sindicado, identificado con la cédula de ciudadanía número XXX de XXX.

1.1.2. Fiscalía General de la Nación. Actuó en su representación la Fiscalía XXX Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de XXXX, la Dra. XXXX.

1.1.3. Ministerio público. Estuvo representado por el personero del municipio de XXXX, Dr. XXX.

1.1.4. Defensores. Actuó a lo largo de todo el proceso, desde las audiencias preliminares de imputación e imposición de medida de aseguramiento hasta la lectura del fallo de segundo grado, el Dr. XXX y en la fase casacional, actúa el suscrito, por sustitución que me hace el Dr. XXX.

1.1.5. Víctimas : Las víctimas se hicieron reconocer a través del Sr. XXXX, hermano del occiso, pero no confirieron poder para ser apoderadas por un profesional del derecho.



1.2. La sentencia impugnada es la proferida dentro del proceso N° XXXXX por la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXX, calendada el **XX de febrero de XXX**, y leída en audiencia pública el XX de marzo de XXX, por medio de la cual se revocó el fallo de primera instancia, dictado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de XXX, mediante el cual se condenó al señor XXXX, como autor responsable del delito de “Homicidio agravado” a la pena de cuatrocientos (400) meses de prisión.

2.- SÍNTESIS DE LOS HECHOS MATERIA DE JUZGAMIENTO Y DE LA ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. HECHOS MATERIA DE JUZGAMIENTO

Fueron sintetizados por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXXX así:

“Acaecieron el xx. De abril del año XXX, alrededor de las 08:30 de la mañana, en la vereda XXXX del municipio XXXX, lugar donde fue ultimado quien en vida respondía al nombre de XXXXX, el cual presentaba disparo a la altura de la cabeza, lo cual le causó la muerte como consecuencia de *‘CHOQUE NEUROGÉNICO SECUNDARIO A LACERACION ENFEALICA DEBIDO A HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN CRÁNEO’*. El referido homicidio fue atribuido por la Fiscalía General de la Nación al ciudadano XXXX, hermano del occiso”. – Cfr. Pág. 2. Sentencia de segundo grado -

2.2. ACTUACION PROCESAL.

2.2.1. La investigación se origina con ocasión de los actos urgentes realizados por las unidades de Policías destacadas en el municipio de XXXX, quienes adelantaron diligencia de levantamiento de un cadáver, a la postre, el Sr. XXXX el día XX de abril de XXX en un camino de herradura en la vereda “XXX” de dicha municipalidad, quienes además, recolectaron varias entrevistas.

2.2.2. Con los elementos materiales probatorios recogidos por la Fiscalía XXX°. Seccional de XXX y los servidores que cumplieron funciones de Policía Judicial, el Juzgado Promiscuo Municipal de XXX el XX de abril de XXX, libró orden de captura en contra del Sr. XXX por el homicidio de XXXX y el XX de abril de la misma anualidad, el indiciado se presentó voluntariamente a la Estación de Policía de XXXX en compañía de su apoderado, quien fue dejado en libertad, previa suscripción de diligencia de compromiso.

2.2.3. El XX de abril del año XXX, se celebraron audiencias concentradas de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado con Función de Control de Garantías del municipio de XXXX. En ella se se le

imputó al Sr. XXXX el delito de “*Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de defensa personal*”, igualmente, impuso en su contra, medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, la misma que se cumplió en la cárcel municipal de XXXX.

2.2.4. Una vez radicado escrito de acusación, sin aceptación de cargos, la audiencia de acusación se celebró el XX de julio de XXX y el XX de agosto del mismo año, se llevó a cabo audiencia preparatoria.

2.2.5. El juicio oral se desarrolló en diferentes fechas, entre ellas; los días XX de septiembre y XX de noviembre del año XXX, y culminó en el año XXX, con audiencias realizadas los días XX de enero, XX de marzo, XX de abril, XX y XX de junio de XXX, fecha ésta última en la que se anunció sentido del fallo absolutorio y se dispuso la libertad inmediata del Sr. XXXX.

2.2.6. La sentencia de primera instancia, fue proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de XXX el día XX de septiembre de XXX, y frente a la misma, la Fiscalía XXX^o. Seccional, interpuso recurso de apelación. Éste fue desatado en sentencia del XX de febrero de XXX y leída el XX de marzo de XXX.

3. CENSURA PRINCIPAL

Presento un **cargo como principal**, y acuso la sentencia de segundo grado, por violación del **debido proceso**¹, en virtud de la **falta de competencia funcional** del Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXXX para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Delegada contra la sentencia proferida el XX de septiembre de XXX. Lo anterior, por **falta de sustentación en debida forma del recurso de alzada**, lo cual debió generar la declaratoria de desierto del recurso de apelación por el *A-quo* en los términos del artículo 179A de la Ley 906 de 2004.

Invoco la causal segunda de casación, prevista en el artículo 181 del C. de P. P.

Art. 181. – Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

(...)

2. Desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.”

3.1. Normas violadas que dan lugar al error de

¹ Art. 29 C. Pol., Art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 8^o. Ley 16 de 1972 (Convención Americana sobre Derechos Humanas o Pacto de San José de Costa Rica. Art. 93 C. Pol.

estructura.

- **Ley 906 de 2004.**

Art. 179A. – Recurso desierto. Adicionado. L.1395/2010. Art. 92. Cuando no se sustente el recurso de apelación se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición.

Art. 456. – Nulidad por incompetencia del juez. Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados.

Art. 457.- Nulidad por violación a garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

(...)"

3.1. Devenir fáctico y procesal que fundamenta la irregularidad sustancial al debido proceso.

3.1.1. En la última sesión del juicio oral llevada a cabo el día XX de junio de XXX, el Juzgado Promiscuo del Circuito de XXX, **procedió a emitir el sentido de fallo absolutorio.** Al efecto manifestó en el minuto 04:10 (registro 2711), cómo con los medios probatorios recogidos en el juicio no se alcanzaba a demostrar la responsabilidad del Sr. XXX en el homicidio de su hermano. Por lo mismo, que ante el cúmulo de dudas encontradas no podía mediar una sentencia condenatoria, entre otras razones; porque se contaba si con una declaración que dice haber visto al acusado en el lugar de los hechos, pero la misma **“ no es verosímil, no es coherente y no es creíble”** – Cfr. Reg. 2711 Min. 04:39 -.

3.1.2. Consideró el Sr. Juez, que el dicho del testigo de cargo, confrontado con sus demás versiones, se advertía **“ amañado y tendencioso”** – Cfr. Reg. 2711.Min. 04:48 -.

3.1.3. Pero además, afirma el A-quo, que con dicha declaración – la del Sr. XXXX -, quien tampoco observó directamente el episodio delictivo, no podía fundarse un fallo condenatorio.



- 3.1.4. Frente a los demás testigos traídos tanto por la Fiscalía como por la defensa, solo son testigos de oídas, quienes dan cuenta de la muerte de XXXX, por lo que les contaron y por lo que escucharon.
- 3.1.5. Se ocupó igualmente del indicio de presencia, para concluir, que si fuera cierto el mismo, también múltiples pudieran ser las explicaciones de que el acusado estuviera allí. Por lo demás, existen varios testigos, que afirman que tampoco estuvo en ese momento en dicho lugar – Cfr. Reg. 2711. Min. 06:10 -. De modo que existen varias contradicciones frente a un indicio de presencia.
- 3.1.6. Tampoco se demostró la existencia del delito de Porte ilegal de armas, porque la misma nunca fue hallada y solo se cuenta con un testigo que hace mención a la misma, poco creíble por cierto.
- 3.1.7. El anterior recorrido nos parece importante, porque desde el XX de junio del año XXX, ya la Fiscalía tenía claro cuáles eran los argumentos torales que llevaban al Juez a considerar que existía incertidumbre sobre la probable responsabilidad del acusado en los hechos. La audiencia de lectura de fallo, se realizó el XX de septiembre de XXX, es decir, casi tres meses después, tiempo necesario para que la Fiscalía desde aquel momento se hubiera aplicado a un estudio más juicioso de los argumentos que le permitirían disentir de la postura del Juez, pero no fue así, como se verá más adelante.
- 3.1.8. Efectivamente el XX de septiembre de XXX, el fallador de primer grado dicta el fallo absolutorio, y después de consignar las formalidades previas a sus considerandos; comenzó por citar algunas glosas en torno al estándar probatorio para dictar un fallo condenatorio e invocó la regla de juicio tanto de la “ carga de la prueba” y el principio del “ *In dubi pro reo*”, como expresión de la presunción del estado de inocencia de todo ciudadano.
- 3.1.9. El fallador, inicia por reconocer la existencia del altercado entre el occiso y el acusado, conocido procesalmente por la denuncia formulada a instancias del Sr. XXXX, que incluso, los vio portando armas a ambos.



3.1.10. Procede luego la sentencia a hacer una confrontación entre las versiones rendidas por el Sr. XXXX, una ante la Fiscalía, otra ante el investigador de la defensa y otra, en sede de juicio, es decir, tres narraciones abiertamente contradictorias; “ Inicialmente afirma el individuo que ese día observó claramente el sujeto que corría, es más, lo identificó como el acusado e incluso enunció que tipo y color de ropa llevaba, pero luego ante el investigador de la defensa hace un relato donde termina por retractarse de lo afirmado, donde ya no señala a ninguna persona, tal vez, por razones ajenas a su voluntad, pero eso hace que la declaración diera pie al surgimiento de dudas determinantes e insalvables, no pudiéndose endilgarle la responsabilidad a un sujeto determinado, a eso se suma las declaraciones realizadas por los agentes de la Policía Nacional, testigos de la defensa, en relación con la visibilidad del sitio donde fue encontrado XXXX”. – Cfr. Pág. 23 Fallo de primera instancia escrito -.

3.1.11. El fallo reitera lo ya dicho desde el anuncio del sentido de la sentencia, cuando se ocupa igualmente, de afirmar, que “ los demás testigos traídos tanto por la Fiscalía como la defensa, ellos resultan testigos no presenciales, de referencia o de oídas que dan cuenta de la muerte de XXXX y con sus versiones un tanto contradictorias y no verosímiles, y es por ello que, no se puede fincar la responsabilidad del acusado...” – Cfr. Pág. 23 Fallo de primera instancia -.

3.1.12. De otro lado, el A-quo, acoge la teoría de “ *numerus clausus*” en materia de medios probatorios, una doctrina que para muchos, se acompasa de mejor manera con el principio de legalidad, para considerar que los indicios no han sido establecidos por la ley procesal penal como medios de prueba autónomos.

3.1.13. La Fiscalía en memorial fechado el XX de septiembre de XXX, sustenta el recurso de apelación contra la sentencia, y luego de ligeras especulaciones teóricas, inconexas con el argumento conclusivo, solo terminó afirmando que “ xxxxxx fue claro y conciso al decir que vio a XXXX salir desde el punto donde oyó el disparo y meterse por un brocha (sic) y al silbarle, lo mira y se pone nervioso y continúa su camino corriendo, escopeta en mano, la distancia aproximada era de unos 50 metros, una mañana despejada” – Cfr. Fls. 207 carpeta - , posteriormente, hace algunas precisiones para concluir que la declaración del



Sr. XXXX no es prueba de referencia, siendo finalmente, ésta la opugnación presentada, que dio vía libre para que el *Ad-quem*, estimara satisfecho la carga argumentativa que pesaba en contra de la Fiscalía de sustentar adecuada y oportunamente el recurso de alzada.

3.1.14. Evidentemente, la escueta y superficial exposición del disenso propuesto por la Fiscalía Delegada, en modo alguno, puede interpretarse como una debida sustentación del recurso de apelación, porque realmente; si pretendía refutar al Juez en torno al indicio de presencia, debía probar en primer lugar, por qué ésta era una prueba lógico crítica válida en el marco del Sistema Penal Acusatorio, cuestión que el *A-quo* desechó; en segundo lugar, por qué habría de creérsele al Sr. XXX, cuando de antemano, el funcionario de primer grado, consideró que era inverosímil, incoherente, amañado y tendencioso, al punto, que brindó tres versiones diferentes. La Fiscalía simplemente anuncia la versión que se ajusta a sus aspiraciones mentales, esto es, la que señalaba al acusado cerca al lugar de los hechos, minutos después de la detonación. Tampoco se ocupó la Fiscalía de desvirtuar el carácter leve que el fallador le concedió al hecho indicante, en caso de aceptarse su demostración, es decir, eso no es una verdadera réplica a los argumentos del fallador y allí quedó su intervención procesal.

3.1.15. Por su parte el H. Tribunal Superior de Antioquia, pese a la inexistencia de una adecuada sustentación del recurso de apelación, termina supliendo la carga que le correspondía al ente instructor. Dicta un fallo condenatorio, es decir, sin competencia funcional, porque la alzada no se había sustentado debidamente.

3.2. Demostración del vicio denunciado (repercusión definitiva que afectó el trámite que culminó con la sentencia impugnada)

3.2.1. Reflexiones teóricas previas.

Como lo ha señalado la alta corporación de justicia, **la competencia para juzgar** es uno de los principios basilares del debido proceso que se vincula al principio del juez natural y la organización judicial. Es una garantía plenamente establecida en el artículo 29 de la Carta Política que se traduce en ser juzgado **“ ante juez o tribunal**

competente², en tanto medida y límite de la jurisdicción para **administrar justicia en un determinado proceso**. Esta atribución legal concreta de una cantidad de jurisdicción, se determina por distintos factores, entre ellos el **funcional o de grado**, el cual se refiere al órgano jurisdiccional que, atendida la estructura jerárquica de la organización judicial, puede conocer del asunto en única, primera o segunda instancia. Recuérdese que el factor funcional surge por virtud de la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios que interpuestos y **cabalmente sustentados**, le conceden el deber a un funcionario judicial o corporación para intervenir en la actuación en procura de desatarlos.

Pero además, esa competencia funcional, solo surge, ante una suficiente y eficaz sustentación de los recursos, es lo que se traduce, en la denominada "**carga procesal de sustentar los recursos interpuestos**", que surge del carácter dilemático del proceso penal. Esto significa que con igual seriedad que se exponen las tesis, igual seriedad se debe proponer la antítesis y con idéntica seriedad se debe arribar a una conclusión, porque el proceso no puede convertirse en un monólogo, y esa dialéctica propia del proceso, es la que permite un adecuado ejercicio de la lucha argumental; así como el juez al proferir la sentencia debe incluir una expresa, clara y comprensible concreción del sustento argumentativo que la soporta – Deber de motivación-, en el entendido que es indispensable el análisis probatorio como supuesto de la fuente normativa que es aplicada en cada caso concreto, **elemental garantía de control**³, así igualmente se exige a los demás sujetos procesales, similar claridad argumentativa en sus disentimientos. De éstos necesariamente se da traslado a las demás partes, que con igual derecho tienen la posibilidad de explicar, razonadamente, el por qué resultan acertados o incorrectos los planteamientos, es esa la dialéctica y es que la palabra "**razonamiento**" designa, al mismo tiempo, una actividad mental y el resultado de esa actividad.

El razonamiento sin embargo, como producto de la actividad intelectual, se puede estudiar con independencia de sus condiciones de elaboración. Para ello hay que fijarse en la manera como ha sido formulado – el argumento -, el establecimiento de las premisas y la conclusión; la validez del lazo que las une; la estructura misma del razonamiento y su conformidad con ciertas reglas o esquemas previamente admitidos; y a ello, se aúna el contenido material de esas formulaciones, todo ello, se considera la motivación o sustentación del recurso. La sustentación no son frases aisladas, pareceres arbitrarios, que sólo buscan oponer el propio criterio sin respaldo en el recaudo probatorio, o simplemente, anunciar el relato que más nos favorece de un testigo, para dar por sentado que allí se ha sustentado el recurso. Con este modo de proceder, no se cumpliría con la carga procesal y la consecuencia no es otra que la declaratoria de desierto del medio impugnatorio, tal como lo viene diciendo la H. Corte Suprema de Justicia:

² Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Sentencia del 29 de febrero de 2008**. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Exp. 28.987.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. **Sentencia del 11 de marzo de 2003**. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. **Sentencia del 22 de Mayo de 2003**. M.P. Dra. Marina Pulido de Barón. **Sentencia del 05 de Junio de 2003**. M.P. Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

“Precisado lo anterior, se tiene que al tenor de la preceptiva del artículo 194 del estatuto procesal penal, **la sustentación del recurso irrumpe en el ordenamiento como una carga procesal para el impugnante, de ineludible cumplimiento si se aspira a lograr que por el mismo funcionario que profirió la providencia atacada esta sea modificada, aclarada o revocada o que el superior funcional de aquél conozca los motivos de su inconformidad con los fundamentos de la misma.** No a conclusión distinta puede llegarse de la consecuencia procesal prevista por la ley para cuando dicha carga se incumple, que no es otra que la declaratoria de deserción del recurso.

Sustentación que debe traducirse en la manifestación de las razones fácticas, jurídicas o probatorias, sobre las cuales se funda la discrepancia con la decisión impugnada, sin que ello implique que tal intervención deba verificarse de una determinada manera, en tanto que lo que se ofrece trascendental es que al funcionario que debe resolver el recurso ya sea horizontal o vertical, se le señalen en concreto los motivos de disenso, esto es, los aspectos objeto de impugnación, que desde otro ángulo, son precisamente los que delimitan su órbita funcional, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 203 *ejusdem*.

Lo anterior, porque es lo cierto que las disposiciones procesales que se ocupan de la sustentación de los recursos no señalan la forma como debe procederse en punto de la satisfacción de tal requisito, resultando razonable concluir que puede tenerse como adecuada sustentación aquella mediante la cual en forma explícita se refutan los fundamentos de la providencia atacada, con indicación de las motivaciones o conclusiones que se consideran equivocadas, o a partir de la postulación de un criterio diverso del allí contenido, para el cual se reclama prevalencia a través de la impugnación.”⁴

De modo entonces, que la admisibilidad del recurso de apelación, está supeditada al cumplimiento por el recurrente del deber de sustentarlo, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa mantener. Es decir, en la acepción más afín con la materia regulada, “**defender o sustentar una opinión o sistema**”, luego, es perentorio para el impugnante explicar las razones y motivos concretos que le permiten disentir de la decisión; expresar la idea con criterio de crítica jurídica que hace ver la contrariedad con el derecho. Y no puede ser de otra manera, porque el recurso constituye un medio otorgado por la ley al sujeto procesal, para que provoque un examen de la providencia a partir de los argumentos expuestos en la sustentación, a fin de que el superior funcional, tenga la oportunidad de corregir el yerro en que haya podido incurrir el inferior. De modo, que el objeto de la decisión, debe ceñirse al argumento de disenso, de lo contrario, se extralimitaría en su quehacer funcional, y de allí, la importancia de que el impugnante esté obligado a señalar de manera clara y precisa los motivos por los cuales se debe revocar la sentencia. Esta exigencia impone, insistimos, que el recurrente aborde puntualmente los fundamentos de la decisión atacada, lo que permitirá calificar la impugnación como idónea o no, de cara a una adecuada argumentación que no deje duda sobre cuáles son los tópicos que considera errados. De lo contrario, procederá la declaratoria de desierto del recurso, por **sustentación deficiente**, recordemos de nuevo a la Corte Suprema de Justicia:

“La disposición se entiende a partir de la competencia funcional que adquiere el superior encargado de desatar la controversia, como que su tarea se limita a valorar los razonamientos de hecho y de derecho del juez de primer nivel, para

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Sentencia del 22 de mayo de 2003**. M.P. Marina Pulido de Barón. Exp. 20.756

confrontados con los del impugnante (además de lo actuado en el proceso y la ley), de tal manera que si este no ofrece argumentos, la segunda instancia no contaría con el instrumento adecuado para decidir a quién le asiste la razón.”

(...)

De acuerdo a lo anterior, es claro que procede la declaración de desierto, cuando el recurso de apelación no es sustentado oportunamente o se sustenta de manera deficiente, valga decir, sin argumentación suficiente para respaldar el disenso. Decisión contra la cual sólo procede el recurso de reposición.⁵

Por otra parte, cuando pese a la existencia de una sustentación deficiente del recurso a instancias del opugnante, el superior funcional asume la competencia para desatar la alzada, suple el papel que le correspondía a la parte. Y es que asumir la carga argumentativa que le era debida al recurrente, sin lugar a dudas, desquicia la estructura adversarial de nuestro modelo procesal. Sería tanto, haciendo un símil legítimo, como concederle a los jueces poderes de iniciativa instructora – Facultades probatorias de oficio -. El juez es únicamente un árbitro pasivo que juzgará exclusivamente sobre la base de los elementos de juicio (aporte de pruebas y **argumentos**) que las partes le hayan proporcionado.

Hay una seria preocupación, bajo un sistema adversarial, y es por la calidad de la decisión final; porque lo importante es que ésta sea el resultado directo del enfrentamiento individual de las partes, en tanto, la sistemática prevista en la Ley 906 de 2004, se acogió, en cierta medida, a la teoría de la llamada “*Procedural justice*”. Según ésta, el proceso es justo, esencialmente porque se basa en el libre juego de las partes en la contienda procesal, postura ratificada por la propia Corte Constitucional Colombiana⁶. De allí que la justicia de la decisión dependa de la corrección del procedimiento que le precede⁷.

Así entonces, cuando el funcionario de segundo grado, aborda el estudio de una impugnación deficiente por ausencia de argumentos precisos y claros que pretendan derruir los motivos de la decisión, termina asumiendo una competencia funcional para la cual no está habilitado. De este modo, atenta contra la misma naturaleza adversarial del modelo procesal, en virtud de que el Tribunal de segundo grado termina por suplir la carga argumentativa que le correspondía desplegar al actor.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Sentencia del 02 de junio de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁶ “**La pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal.** Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción. En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual **las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.**” Corte Constitucional. Sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Edit. Marcial Pons. Madrid. 2008. Pág. 174

3.2.2. Análisis del caso concreto.

Si se examina con cuidado todo el desarrollo del Juicio, la defensa con proceloso empeño puso todo su esfuerzo personal a demostrar a lo largo de un tortuoso y debatido proceso, la ausencia de responsabilidad del Señor XXXXX, de ello es fiel testimonio las distintas sesiones del juicio oral. Con idéntica seriedad, el ilustre Juez asumió la noble tarea de decidir en derecho y fue por ello, que una decisión coherente, hilvanada y motivada, dio lugar a la absolución del Señor XXX. Igual esmero se esperaba de la Fiscalía Delegada cuando conocido el sentido del fallo meses antes y una vez se dictó la sentencia de primer grado, que guardaba coherencia con los argumentos expuestos por el Juez en el sentido de la sentencia, se ocupara con igual seriedad en presentar a la magistratura los argumentos con los cuales pretendían rebatir, uno a uno, la motivación expuesta por el fallador en sus veinticinco (25) páginas.

Y es que la Fiscalía, como recurrente, no sustentó la impugnación, así haya presentado un escrito con apariencia de tal, compuesto por cuatro (4) páginas. No se trataba de hacer simples consideraciones teóricas, abstractas, sino explicar los motivos concretos de inconformidad que deben tener una naturaleza esencialmente fáctica. Nótese, que la sentencia de primer grado, comienza por demeritar la declaración en juicio rendida por el Sr. XXXX, entre otras razones, transcribiendo los apartes de sus tres intervenciones, para demostrar las incoherencias, inexactitud y contradicciones reveladas en cada aparición procesal.

El juez deja en claro, que XXX no era propiamente un testigo presencial, sino de quien “ *observó un sujeto correr con una escopeta en la mano, luego de haber escuchado una detonación o disparo, siendo aproximadamente las 8:05 minutos de la mañana cuando se dirigía a una cosecha que tenía en la tierra de XXXX*” – Cfr. Pág. 22 Sentencia de primera instancia -. El fallador señaló una a una las contradicciones del deponente en sus distintas declaraciones, entre ellas; (i) la divergencia sobre la identidad de la persona, (ii) la inverosimilitud de su narración, en tanto, la visibilidad al sitio donde fue hallado el occiso no permitía percatarse de la presencia del acusado; ninguna de estas glosas fue debidamente opugnada por el recurrente, porque simplemente la Fiscalía se limitó a sintetizar lacónicamente, la versión del testigo XXXX, que afirma haber visto al acusado, pero nada dijo, respecto a las razones por las cuales era esa la versión creíble y no la rendida ante el investigador de la defensa; no atacó la inverosimilitud puesta de presente por el Sr. Juez cuando aludió a la imposibilidad de que el testigo observara al acusado desde el lugar que dijo observarlo, ello conforme el relato de los mismos policiales. Incluso, la propia Fiscal, afirma que el Juez debía emplear las “ *reglas de la experiencia, la sociología, la psicología, la historia y la lógica*” – Cfr. Fls. 207 Carpeta -, pero no dice, cómo, cuáles y de qué manera el fallador ignoró las máximas de la experiencia en la valoración del testimonio o los principios derivados de la sociología, la psicología, la historia y la lógica. La réplica se quedó

en simple y superficial enunciado, era precisamente su deber explicitar las razones que permitían brindarle crédito o no a un testigo y no dejar al Tribunal que desentrañara su intelección sobre la valoración de la prueba.

Y en lo que mira al motivo o móvil del homicidio, el Juez pone de presente las dos posiciones antagónicas; la de los testigos de la Fiscalía que señalan la presencia de un enfrentamiento entre occiso y procesado, y los de la defensa; que aluden no solo al buen comportamiento personal, familiar y laboral del acusado, sino quienes recuerdan que fue el mismo procesado quien le regaló : “ *prácticamente la mitad de la tierra al occiso para que sembrara cuando ninguno de sus otros hermanos le prestaron ayuda y se anunció sobre los inconvenientes presentados al interior de la familia XXXX, entre hermanos, quienes, según se dijo, luego de tener malas relaciones entre ellos, decidieron ponerse de acuerdo para inculpar a XXXX de la muerte de su hermano* ” – Cfr. Pág. 23. Sentencia de primer grado -. Nótese que allí, pese a que el funcionario judicial, no estima como válido deducir el indicio como una prueba autónoma, lo cierto, es que con su argumentación termina aceptándola, porque al concluir, que la circunstancias relatadas por la prueba de la defensa, generan una verdadera incertidumbre, a más, de que el indicio de presencia lo califica como “ deficiente”, precisamente, porque aquéllos deponentes “ *refieren que ese día de la muerte de XXXX, XXX no salió de la casa* ” , para afirmar; que para ser tenido dicho indicio como tal, “ *es necesario contemplar todas las hipótesis que pueden confirmar o invalidar la deducción afincada en un determinado hecho indicante y como múltiples pueden ser las explicaciones por las cuales el acusado estaba allí, si es que fue cierto, circunstancia que tampoco quedó demostrada plenamente ya que existen varias contradicciones al respecto* ”. Todo lo anterior, si permite concluir que el Juez se ocupó de valorar el indicio, y por lo mismo, ello obligaba a la Fiscal recurrente a ocuparse de las consideraciones hechas por el *A-quo* en torno a la gravedad del indicio. Es que la inferencia se debilitaba a raíz de las declaraciones de los testigos de la defensa y la incertidumbre sobre la credibilidad del testimonio de XXXX, quien era el que edificaría el hecho indicante del indicio de presencia. De modo, que también era obligación de la Fiscal presentar las razones y argumentos del por qué razón no eran creíbles los testigos de descargo, mostrando, no su simple parecer, sino desde las reglas de la sana crítica, qué factores de orden subjetivo u objetivo, permitía rechazar su deponencia. Ese rechazo debía auscultar razones de eventual parcialidad, coherencia interna, contradicciones con otros medios de prueba, pero nada de ello, realizó la Fiscalía, todo lo dejó al albur y efectivamente, que ese albur lo recogió el Tribunal para el momento en que se dispuso a dictar el fallo condenatorio.

Tampoco se ocupó la Fiscalía de explicar las razones por las cuales el indicio si era un medio de prueba, y por el contrario, le dejó todo al Tribunal. No se ocupó de estructurar la argumentación por vía indirecta, es decir, mediante las inferencias propias de la prueba indiciaria, aspecto basilar, porque como se sabe, no existió ninguna prueba directa de los hechos, luego; era deber inexcusable de la Fiscalía demostrarle al Tribunal, que

en el *sublite*, concurría prueba indiciaria que con suficiencia, permitía derruir la presunción de inocencia. Éste ni siquiera fue un aspecto mencionado por la Delegada, cuando de suyo, era el tema más importante, a tal punto, que toda la argumentación de la segunda instancia, se construye a partir de una supuesta prueba indiciaria, sin que por ventura, la Fiscalía lo sugiriera, es decir, el Tribunal terminó supliendo la labor de la Fiscalía.

El que el Tribunal supla a la Fiscalía en su carga argumentativa, se advierte incluso, cuando se le corre traslado a los no recurrentes, quien nos concedería la razón frente a las reflexiones teóricas que previamente expusimos, en el sentido; de que la no expresión completa y suficiente de los motivos de inconformidad por el recurrente, apareja una violación al sistema adversarial, y al propio derecho de defensa. Recuérdese al togado, cuando se quejaba en su escrito; “ Sea lo primero advertir que el escrito de sustentación resulta undívago, incierto, contradictorio y confuso, aparte de mal redactado y falto de revisión ortográfica; por tal razón no atino a advertir en conclusión que es lo que realmente ataca de la sentencia; que es lo que le critica y que es lo que debiera haber sido según su posición”. – Cfr. Fls. 213 fte. Carpeta -, es evidente entonces, que la defensa letrada no pudo hacer una cabal y eficaz réplica, porque de la nada, nada surge, en la medida, que la única disertación de la Fiscal, fue afirmar que el testigo XXXX si observó al acusado en el lugar de los hechos, sin ningún esfuerzo critológico, como era su deber. Ignoró además el principio de **“ razón suficiente”** que debe caracterizar la exposición de la Fiscalía⁸, en el entendido, que se viola el aludido principio cuando **el argumento no se explica a sí mismo** o desde otra perspectiva; **sólo se puede dar por conocido lo que se explica con un número suficiente de razones**, de nuevo, nos preguntamos – *Quaeritur* -, ¿ cuáles fueron ese número suficiente de razones que expuso la Fiscalía para solicitar la intervención del Tribunal Superior de Antioquia?, solo optar por una versión de un testigo, y toda la demás prueba aportada al proceso, tanto la de cargo como la de descargo, ¿en qué quedó?

Y es que si apelar significa inconformidad con la decisión judicial, la Fiscalía ni siquiera procedió a plantearla, pues el memorial aportado al proceso, en el que dijo sustentar el recurso, ni siquiera pudiéramos decir, que se haya dedicado a presentar su particular e interesada apreciación de la prueba. A fuerza de volvernos repetitivos, atinó a traer una versión del testigo que señalaba la eventual presencia del acusado en el lugar de los hechos, minutos después de que ocurrieran, pero no demostró el por qué se le debía dar crédito a esta versión, y no a la contraria y así desvirtuar la duda probatoria que adujo acompañar al fallador de primer grado.

⁸ “La aplicación práctica de este criterio resulta evidente en la Ley 906 de 2004, en el que la Corte, en decisiones como CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36357, y CSJ SP, 20 ag. 2014, rad. 41390, **ha indicado que el proceso penal debe entenderse como un enfrentamiento lógico objetivo entre teorías (esto es, entre explicaciones)** y que la relevancia de la valoración de la prueba estará sujeta a su capacidad de explicación acerca del problema, así como de desestimación frente a las hipótesis opuestas. **De este modo, para que sea posible predicar una crítica racional de teorías, cada una de ellas deberá contener fuerza explicativa o poder de refutación”** Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Sentencia del 18 de marzo de 2015**. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Exp. 33837

Debemos aceptar que todo recurso comporta ínsito el disenso, pero no todo disenso, es sustentación, porque no es rebatir someramente para que se de por sentada la sustentación, en tanto, lo somero es lo ligero, lo superficial ⁹, y todo tiene este proceso, menos de somero. La sentencia no es un acto calificable como somera; la intervención de la defensa no es somera, como tampoco es somera una condena de **Cuatrocientos (400) meses de prisión**, es decir, más de treinta y tres años de cárcel, lo mínimo que se exige en el debate y escenario propio de la argumentación es el respeto hacia el contradictor y este sólo se logra con argumentos serios y fundados.

En conclusión, la sustentación presentada por la Sra. Fiscal en lo que mira al recurso de apelación, es aparente y por ende sofisticada, porque primer paso para refutar las consideraciones del Señor Juez, era aplicarse cuidadosamente a rebatir las premisas sobre las cuales se edificaron las conclusiones del fallo; en segundo lugar, presentar los medios de convicción que dan solidez a su postura y enfrentar con igual ahínco los demás medios de prueba de descargo. Nada de lo anterior hizo el recurrente y no es que se pretenda un *“exceso de discusión jurídica”*, sino un estudio reflexivo del proceso, que necesariamente exige un análisis más extenso que el expuesto en su escrito; atendiendo la naturaleza del amplio debate llevado en el juicio y las repercusiones de una solicitud de condena para el ciudadano. Es que no estamos frente a un delito de pequeña monta, sino uno que como se vio, significa prácticamente la pena perpetua para una persona.

De modo entonces, que el Juez de segundo grado, en el *sublite*, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, si y solo si, se habilitaba para conocer en segunda instancia el asunto que nos ocupa, si existía un recurso de apelación, no solamente interpuesto, sino que satisficiera los mínimos requisitos de una debida sustentación. Así las cosas se evidencia un error de estructura o yerro *in procedendo* (de actividad), al no ser declarado desierto por el *A-quo*, el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, postura que se consolidó ante el *Ad-quem*, quien terminó suplantando la labor del impugnante y de paso, ignorando el principio de **“Igualdad de armas”**. Porque con el rol asumido por el Tribunal Superior se provocó un evidente desequilibrio procesal en contra de la defensa, y a favor de la Fiscalía General de la Nación, porque si se trata de un proceso de partes; significa que la actuación que realizan quienes intervienen en dicha condición constituye un **acto de postulación**¹⁰ con el fin de concretar las pretensiones, y aquí, realmente no existió una auténtica postulación de revocatoria de la sentencia absolutoria, por sustentación deficiente.

3.3. El perjuicio concreto

⁹ Diccionario. Larousse ilustrado. Ediciones Larousse. Por Ramón García-pelayo y gross. 1964.

¹⁰ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. **El proceso Penal**. 6°. Ed. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 1033

Como bien se lee en la foliatura, el perjuicio causado con la no declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Delegada, contra la sentencia absolutoria a favor del Sr. XXXX, significó que el funcionario de segundo grado desatara la alzada y en su lugar, dispusiera la condena en contra del Sr. XXXX como probable responsable del delito de Homicidio agravado y le impusiera una pena de Cuatrocientos meses de prisión y librería inmediatamente en su contra orden de captura, situación que habría sido evitada de no incurrir en la irregularidad denunciada.

3.4. Momento procesal a partir del cual debe reponerse la actuación y el funcionario al que habría de remitirse el expediente.

Estimamos, que el momento procesal a partir del cual debería declararse la nulidad de lo actuado, es a partir del **auto fechado el XX de septiembre de XXX**, proferido por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de XXXX, mediante el cual se concede en el efecto suspensivo la opugnación promovida por la Fiscalía Seccional frente a la sentencia de primera instancia y de contera, anular el fallo de segundo grado, porque el Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXX carecía de competencia funcional para proferirlo.

(...)

PETICIONES.

Primera principal : Solicito la casación del fallo, dejando sin efecto el de segundo grado, bajo el entendido que fue proferido por funcionario incompetente (competencia funcional), en la medida que el recurso de apelación no fue debidamente sustentado.

(...)

De los Señores Magistrados, con el debido y acostumbrado respeto,

Atte/.,

Firma.