



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

SP2061-2022

Radicación n° 55605

(Aprobado Acta No. 133)

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por los apoderados de SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR y CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA, contra el fallo del 11 de marzo de 2019 del Tribunal Superior de Cali, mediante el cual confirmó el proferido el 1° de septiembre de 2017 por el Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de esa ciudad que los condenó en calidad de autores y coautores de los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir

agravado y tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado.

HECHOS

En las diligencias de registro y allanamiento practicadas los días 22 y 23 de febrero de 2013, en los predios rurales La Gardelia y Andalucía de Jamundí Valle, se llevó a cabo la exhumación de los cadáveres de Edinson Chaparro Granada, Juan Carlos Valencia Peña y Talyna Paz Quesada, personas llevadas mediante engaño a dichos lugares el 9 de mayo, en fecha indeterminada de julio, y el 22 de agosto de 2012 respectivamente, y ejecutadas con disparos de arma de fuego luego de haber sido amarradas o esposadas por miembros de la banda criminal de el “*Guacamayo*”, al atribuírseles filtrar información de la misma o pretender delatar a alguno de sus miembros.

La ubicación y hallazgo de los restos humanos se originó en la información suministrada por Diego Edinson Londoño Gómez, alias “El Mocho”, miembro del grupo ilegal liderado por CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR, alias, “Guacamayo” “El Negro” o “El Apito”, dedicado a la comisión de homicidios, el que en el año 2012 operaba en dicho municipio y del que hacían parte, entre otros, por Adolfo Cárdenas Garcés, alias “Esnar”, Jhon Jairo Montaña Godoy, alias “Perra”, SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, alias “El Mono”, “El Rojo” o “Pecoso”, CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA, alias “Nacho”, FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, alias “Nando” o “Ruso”, Carlos Andrés

Valencia Ararat, alias “El Tigre”, Dayron Stiven Aristizábal Zapata, alias “Chuky” o “Castor”, William Andrés Guerrero Giraldo, alias “Tirapedo” y Juan Sebastián y Andrés Felipe Rivas Riascos, alias “Los Mellizos”.

Londoño Gómez igualmente contó cómo tal organización criminal, había ejecutado a Winston Erich Vega Pinzón y Mauricio Herrera Lorez, señalados de ser informantes de la DEA, cuyos cuerpos fueron hallados el 16 de mayo de 2012 dentro de la camioneta Kia de placas CVX962, y a Rogelio Muñoz Fajardo el 11 de octubre del mismo año.

ANTECEDENTES

El 17 de junio de 2013 en audiencia preliminar concentrada, el Juez 25 Penal Municipal de Cali con funciones de control de garantías legalizó la captura de CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR. La fiscalía le formuló imputación por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo y heterogéneo con concierto para delinquir agravado, porte de armas de fuego agravado y tortura, arts. 104 numerales 4, 7, 340 incisos 2 y 3, 31, 365 numeral 7, y 178 del Código Penal, cargos que no aceptó.

Le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

El 18 de junio de 2013, en audiencias preliminares concentradas la Juez 3ª Penal Municipal de Cali con funciones

de control de garantías legalizó las capturas de SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, alias “El Mono”, “El Rojo”; FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, alias “Nando” o “Ruso”; William Andrés Guerrero Giraldo, alias “Tirapedo”; CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA, alias “Nacho”; Andrés Felipe Rivas Riascos, alias “El Mello”; y Juan Sebastián Rivas Riascos, alias “El Mello”.

La fiscalía les imputó a SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, alias “El Mono”, “El Rojo” y CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA, alias “Nacho” los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso con homicidio agravado y porte de armas de fuego agravado y tortura, arts. 340.2, 31, 104 numerales 4, 7, 365 inciso 3 numeral 5 y 178 del Código Penal.

A FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ alias “Nando” o “Ruso”, los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso con homicidio agravado y porte de armas de fuego agravado, tortura y acceso carnal violento agravado, arts. 340.2, 31, 104 numerales 4, 7, 365 inciso 3 numeral 5, 178, 205 y 211.1 del Código Penal.

A Andrés Felipe Rivas Riascos, alias “El Mello” y Juan Sebastián Rivas Riascos, alias “El Mello”, el delito de concierto para delinquir agravado, art. 340.2 del Código Penal.

Y, a William Andrés Guerrero Giraldo, alias “Tirapedo”, los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso con homicidio agravado a título de cómplice, arts. 340.2, 31, 104 numerales 4 y 7 del Código Penal.

Ninguno de los imputados aceptó cargos, siéndoles impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

El 19 de junio de 2013 en audiencia preliminar ante la Juez 3ª Penal Municipal de Cali con funciones de control de garantías, la fiscalía les imputó a Óscar Javier Sánchez Cotrina el delito de concierto para delinquir con fines de homicidio; a Carlos Andrés Valencia Ararat y Dayron Stiven Aristizábal Zapata los punibles de homicidio agravado, tortura, concierto para delinquir con fines de homicidio, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado en la modalidad de portar y acceso carnal violento agravado; arts. 340 inciso 2, 104 numerales 4 y 7, 178, 365 inciso 3 numeral 5, 205 y 211.1 del Código Penal; cargos que no aceptaron los imputados.

En el escrito de acusación radicado el 27 de septiembre de 2013, la fiscalía acusó a:

CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR, alias “Guacamayo”, “El Negro”, “Apito” a título de determinador de seis (6) homicidios agravados; autor de concierto para delinquir agravado; y coautor de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; y, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, ambos en la modalidad de portar, arts. 104 numerales 4, 7; 340, incisos 2 y 3; 366; y 365 inciso 3 numerales 5 y 7 del Código Penal.

SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, alias “El Mono” coautor en los homicidios de Edinson Chaparro Granada, Winston Erich Vega Pinzón y Mauricio Herrera Lores; autor de concierto para delinquir agravado; y coautor de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; y, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, ambos en la modalidad de portar, arts. 104 numerales 4, 7; 340, incisos 2 y 3; 366; y 365 inciso 3 numerales 5 y 7 del Código Penal.

CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA, alias “Nacho”; FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, alias “Nando” o “Ruso”; y, Dayron Stiven Aristizábal Zapata alias “Chuky”, coautores en el homicidio agravado de Talyna Paz Quezada; autores de concierto para delinquir agravado; y coautores de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; y, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, ambos en la modalidad de portar, arts. 103; 104 numerales 4, 7; 340, incisos 2 y 3; 366; y 365 inciso 3 numerales 5 y 7 del Código Penal.

Carlos Andrés Valencia Ararat alias “El Tigre”, coautor en el homicidio agravado de Talyna Paz Quesada y Juan Carlos Valencia Peña; autor de concierto para delinquir agravado; y coautor de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; y, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de

fuego, accesorios, partes o municiones, ambos en la modalidad de portar, arts. 103; 104 numerales 4, 7; 340, incisos 2 y 3; 366; y 365 inciso 3 numerales 5 y 7 del Código Penal.

William Andrés Guerrero Giraldo, alias “Tirapedo”, Andrés Felipe Rivas Riascos, alias “El Mellizo”; y Juan Sebastián Rivas Riascos, alias “El Mellizo”; autores de concierto para delinquir agravado, art. 340.2 del Código Penal.

El 22 de noviembre de 2013, en audiencia de formulación de acusación ante el Juez 1º Penal del Circuito Especializado de Cali, la fiscalía materializó la acusación.

El 11 de diciembre de 2014, el Juez 1º Penal del Circuito Especializado de Cali dispuso acumular por conexidad a este proceso, la actuación seguida a los acusados: i) Adolfo Cárdenas Garces, alias “Esnar”, en grado de coautor de los homicidios agravados de Talyna Paz Quesada y Juan Carlos Valencia Peña; autor de concierto para delinquir agravado; y coautor de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; agravado en la modalidad de portar, arts. 103; 104 numerales 4, 7; 340, incisos 2 y 3; 366 y 365 inciso 3 numerales 5 y 7 del Código Penal; y ii) Jhon Jairo Montaña Godoy, alias “Perra”, como coautor del homicidio agravado de Talyna Paz Quesada; autor de concierto para delinquir agravado; y coautor de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas

armadas o explosivos; agravado en la modalidad de portar, arts. 103; 104 numerales 4, 7; 340, incisos 2 y 3; 366; y 365 inciso 3 numerales 5 y 7 del Código Penal.

Los acusados William Andrés Guerrero Giraldo, alias “Tirapedo”, Andrés Felipe Rivas Riascos, alias “El Mellizo”; y Juan Sebastián Rivas Riascos, alias “El Mellizo”, preacordaron con la fiscalía y se produjo ruptura de la unidad procesal.

En consonancia con el anuncio del sentido del fallo, el juez condenó a cada uno de los acusados a prisión así:

i) CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR, alias “Guacamayo”, “El Negro”, “Apito” y SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, alias “El Mono”, a quinientos diez (510) meses, por los delitos de homicidio agravado en Edinson Chaparro Granada, Winston Erich Vega Pinzón y Mauricio Herrera Lores, concierto para delinquir con fines de homicidio y porte de armas de fuego de defensa personal agravado;

ii) Carlos Andrés Valencia Ararat, alias “El Tigre” a cuatrocientos setenta y cuatro (474) meses, por los delitos homicidio agravado en Talyna Paz Quesada y Edinson Chaparro Granada, concierto para delinquir con fines de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado;

iii) FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, alias “Nando” o “Ruso”, Jhon Jairo Montaña Godoy, alias “Perra”, CARLOS

ANDRÉS RUIZ ZAMORA, alias “Nacho” y Dayron Stiven Aristizábal Zapata, alias “Chuky” a cuatrocientos treinta y ocho (438) meses por los delitos de homicidio agravado en Talyna Paz Quesada, concierto para delinquir con fines de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; y

iv) Adolfo Cárdenas Garces, alias “Esnar” a doscientos treinta (230) meses, por los delitos de concierto para delinquir con fines de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado.

Absolvió a ROBAYO ESCOBAR, alias “Guacamayo”, “El Negro”, “Apito” de los homicidios de Juan Carlos Valencia Peña, Talyna Paz Quesada y Rogelio Muñoz Fajardo; y, a Cárdenas Garces, alias “Esnar” de los homicidios de Juan Carlos Valencia Peña y Talyna Paz Quesada.

A todos los procesados les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria.

El 1° de marzo de 2019 el Tribunal Superior de Cali, al decidir la apelación interpuesta por los defensores contra la sentencia de primera instancia, confirmó la condena sin modificación alguna.

Contra esta decisión, los apoderados de CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR alias “Guacamayo”, SAMIR OLAYA

SÁNCHEZ, alias “El Mono”, FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, alias “Nando” o “Ruso” y CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA, alias “Nacho”, interponen recurso de casación.

Demandas

1. A nombre de SAMIR y FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ.

1.1 Nulidad. Cargo principal

El demandante aduce la afectación sustancial de la estructura del proceso, señalando que las instancias pasaron por alto la pedagogía de la Corte fijada en sentencias del 8 y 15 de marzo 2017, radicaciones 44599 y 48175, vinculada con la estructuración de los hechos jurídicamente relevantes.

Después de reproducir los hechos relatados por el a quo y el ad quem, expresa que los fallos no especifican el factum, es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan determinar los delitos por los cuales son acusados los OLAYA SÁNCHEZ, toda vez que transcriben la acusación, en la que la fiscalía relaciona incidencias investigativas que desconocen lo exigido por el numeral 2 del artículo 337 de la Ley 906 de 2004.

Pide declarar la nulidad parcial de la actuación a partir del escrito de acusación inclusive, por desconocer el precedente jurisprudencial.

1.2 Con sustento en la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurrente alega errores manifiestos en la apreciación de la prueba. Subsidiario

1.2.1 Falso juicio de existencia por omisión.

Acusa a los juzgadores de no valorar el testimonio de Adriana Marcela Ocampo Álvarez, citada en calidad de prueba de la defensa, con el cual se establece que en el bienio 2010-2012 los hermanos se dedicaban a una actividad lícita.

1.2.2 Falso juicio de identidad

El a quo incurre en tal especie de error de hecho al mutilar la declaración de Jesús Arnobio Paz, que desacredita la versión de Diego Edinson Londoño Gómez, cuando tilda de falsa la aseveración de este, según la cual, su hija portaba y transportaba armas y estupefacientes para la organización criminal.

1.2.3 Falso juicio de existencia por omisión

Los juzgadores no apreciaron la versión de Héctor Mario Giraldo Grisales, con la que se establece que la finca La Gardenia no estaba bajo la mira del grupo criminal citado por Londoño Gómez.

1.2.4 Falso raciocinio

Acusa al tribunal de desconocer las reglas de la sana crítica en la construcción del indicio, a partir del preacuerdo celebrado entre la fiscalía con Guerrero Giraldo y los mellizos Rivas Riascos, quienes aceptaron su responsabilidad en el delito de concierto para delinquir.

A juicio del demandante, el ad quem acude a una regla de la experiencia carente de universalidad y generalización, cuya inferencia desconoce el derecho penal de acto, al tenerla en contra de los Olaya Sánchez.

Debido a la trascendencia de los errores denunciados, pide a la Sala Casar la sentencia y absolver a los acusados de los delitos por los cuales fueron condenados.

2. A nombre de CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR

2.1 Con sustento en la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el impugnante propone dos (2) censuras principales por nulidad.

2.1.1 Pide declarar la nulidad parcial del proceso por afectación de su estructura, expresando que la sentencia desconoce lo previsto en el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 906 de 2004 y el precedente judicial sobre la materia.

En su opinión el relato de los hechos realizado por las instancias, contiene transcripciones y análisis de las tareas de investigación llevadas a cabo por la fiscalía, circunscrito a las diligencias de allanamiento y registro, exhumación de los restos humanos e información suministrada por Diego Edinson Londoño Gómez.

En consecuencia, se aparta de los debatidos en el juicio, donde a partir de las pruebas practicadas se materializan los hechos, los que en este asunto surgen parcializados en perjuicio del acusado, por el desconocimiento de la obligación impuesta en el mandato legal mencionado.

2.1.2 Considera que la actuación debe invalidarse con sustento en los artículos 457 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Carta Política, debido a que la inocencia pregonada por la fiscalía en su alegación final, es ignorada por los jueces al dictar un fallo de condena.

Para apartarse de las instancias que acogen la tesis de la Sala en materia de aplicación favorable del precedente jurisprudencial, propone que así como en sede de revisión la ley permite que el juzgador aplique el nuevo criterio jurídico cuando cambia favorablemente el que sirvió de fundamento a la condena, debe obrarse del mismo modo en el curso de la actuación que no ha culminado, con mayor razón en este caso en el que debido a su demora en el trámite no pudo aplicarse el criterio, según el cual, al juez obligaba la petición de absolución del fiscal.

2.2 Con sustento en la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, aduce la existencia de errores de hecho por el manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de las pruebas sobre las cuales se funda la sentencia, que infringen indirectamente por falta de aplicación los artículos 29 de la Carta Política, 7, 12, 15, 26, 162, 372, 381, 382 y 443 de la Ley 906 de 2004.

2.2.1 Falso juicio de existencia por omisión

Atribuye este error al sentenciador de primer grado por no tener en cuenta la prueba documental, las escrituras públicas objeto de estipulaciones probatorias, en las que el acusado ROBAYO ESCOBAR no figura como propietario o tenedor del predio La Gardenia ni del lote contiguo Santa Lucía.

En este sentido, no podía indicarse en el fallo que aquél regresó al país, luego de haber sido extraditado a los Estados Unidos, con el propósito de recuperar el predio la Gardenia.

2.2.2 Falso juicio de identidad por tergiversación

El demandante expresa que la declaración de Diego Edinson Londoño, rendida el 11 de junio de 2015, es tergiversada, ya que en la sentencia se considera testigo presencial de los hechos siendo solo de oídas.

2.2.3 Falso juicio de existencia por suposición

Acusa al tribunal de suponer la prueba indiciaria, ya que para el demandante debe ser producida por la fiscalía al momento de la alegación final, realizando las inferencias que surjan de los hechos indicadores para que la defensa tenga la oportunidad de controvertirla en el momento de exponer sus argumentos.

Estima que cuando los juzgadores hacen inferencias de responsabilidad con base en hechos probados, la defensa queda sin posibilidad de contradecirlas o controvertirlas. En consecuencia, el juez, las valoraciones debe realizarlas sobre los indicios contruidos y aducidos en el juicio oral.

3. A nombre de CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA

3.1 Con fundamento en el motivo 2º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante denuncia la violación del principio de congruencia contemplado en el artículo 448 de la citada ley.

Expresa que la acusación radicada el 17 de septiembre de 2013, no determina ni especifica los hechos jurídicamente relevantes ni la base fáctica de la responsabilidad de cada uno de los acusados, sin que aparezca relacionado dentro de estos RUIZ ZAMORA, ni otro dato o hecho indicador que pueda comprometerlo.

Además de la confusión generada, la defensa considera que la fiscalía en el escrito de acusación no estructuró la hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes sino una de hechos indicadores y la relación sobre el contenido de otros medios de prueba.

Reproduce partes de la acusación y de la sentencia, para indicar la existencia de la falta de identidad fáctica y, por esa vía, la vulneración de la estructura lógica del proceso, el derecho de defensa y el principio de lealtad procesal.

3.2 Postula con sustento en la causal 3^a del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la existencia de un error de hecho por falso raciocinio en la valoración de la prueba.

A juicio del casacionista, el juzgador en la apreciación del testimonio de Diego Edinson Londoño Gómez desconoció las reglas de la sana crítica. En orden a mostrar la censura reproduce partes de la declaración, para afirmar que se trata de un testigo de oídas motivado por el interés económico y el principio de oportunidad, debido a lo cual su dicho carece de credibilidad por su falta de espontaneidad e imparcialidad.

SUSTENTACIÓN DE LA CASACIÓN

1. Recurrentes

1.1 Apoderado de SAMIR Y FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ

1.1.1 Después de referirse a los fines de la casación y señalar que los acusados tienen derecho a la resolución de la duda a su favor, reitera la existencia de un vicio sustancial que afecta el proceso, relacionado con la estructuración de los hechos jurídicamente relevantes en la sentencia.

Manifiesta que los jueces de instancia no acataron el precedente jurisprudencial de la Sala fijado en la sentencia del 15 de marzo de 2017, rad. 48175, toda vez que en los hechos no determinaron el “factum” en orden a concretar los delitos imputados a los acusados, es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, desconociendo a la vez lo preceptuado en el artículo 162 de la Ley 906 de 2004.

Expresa que la fiscalía en la acusación, presentó como hechos un breve relato de lo investigado que para los juzgadores significó lo mismo, olvidando que debe plasmarse lo probado en el juicio oral, tal como puede establecerse con la reproducción hecha en la demanda del escrito de acusación y las partes pertinentes de la sentencia.

Considera que el tribunal negó su petición de nulidad sin exponer razones jurídicas o fácticas, al responder solo las de los otros defensores, por lo cual reitera el error de estructura propuesto al amparo de la causal segunda de casación.

Señala que los hermanos SAMIR y FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ son condenados por tres y un homicidio agravados por las causales 4 y 7 del artículo 104 del Código Penal, sin

precisarse en la acusación y los fallos de instancia cuál de las circunstancias previstas en cada una de ellas les era imputable, toda vez que el acusado tiene derecho a saber en qué hecho o hechos se funda la agravante, lo que origina la irregularidad alegada.

Agrega que igual ocurre con el concierto para delinquir agravado en virtud del inciso 2° del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, el que señala por lo menos 17 conductas asociadas a ese delito, sin que la fiscalía y los jueces precisaran desde lo fáctico, debido a cuál de ellas el comportamiento atribuido a los acusados merecía reproche mayor.

Con fundamento en los artículos 457 y 458 de la Ley 906 de 2004 solicita decretar la nulidad parcial del proceso.

1.1.2 En relación con la postulación de varios errores de hecho al amparo de la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por el manifiesto desconocimiento de apreciación de la prueba en la que se funda la sentencia, aduce la falta de aplicación de los artículos, 7, 15, 162.4, 372 y 381 de la citada ley.

1.1.2.1 Acusa a los juzgadores de instancia no haber apreciado ni valorado que Adriana Ocampo en su declaración, pone de presente la condición de pequeños empresarios de los OLAYA SÁNCHEZ, a quienes desde el año 2004 conocía y con los que el período comprendido de 2010 a 2012 tuvo negocios de vidrios.

En virtud del ejercicio legal de dicha actividad, reprocha al a quo no haber desestimado los señalamientos temerarios e insulares que les hiciera Diego Édison Londoño Gómez y, critica al tribunal por guardar silencio frente a lo dicho por la testigo.

1.1.2.2 Así mismo recrimina al juez de primera instancia haber mutilado el testimonio de Jesús Arnobio Paz, en la parte que desacreditaba el de Londoño Gómez, con el propósito de afirmar que Talyna Paz Quesada pertenecía a la organización criminal y era encargada del transporte de armas.

A su juicio, con dicho testimonio podría establecerse que su deceso se produjo por razones sexuales como víctima de violación, con mayor razón al señalar que nunca le conoció amigos al margen de la ley, toda vez que como padre de Talyna Paz estaría interesado en delatar a los autores de la muerte de su hija.

1.1.2.3 Igualmente censura a los falladores haber dejado de valorar la versión de Héctor Mario Giraldo Grisales.

A su juicio, con dicho testimonio se establece que la finca La Gardelia no estaba bajo la mira de la organización criminal de la cual habla Diego Édison Londoño Gómez, ya que dicho inmueble era propiedad del testigo.

Entonces no es cierto que la intención del grupo criminal fuera la de recuperar fincas, mientras que la muerte de las

personas encontradas en ese predio no se le pueden atribuir a los acusados OLAYA SÁNCHEZ.

1.1.2.4 Finalmente aduce que el tribunal incurre en error de hecho por falso raciocinio, al construir el indicio de responsabilidad penal a partir del preacuerdo de la fiscalía con William Andrés Guerrero Giraldo, Juan Sebastián y Andrés Felipe Rivas Riascos.

En este sentido, significaría que siempre o casi siempre que un coacusado preacuerda su responsabilidad penal en un delito, los demás igualmente lo serían.

De este modo, la regla de la experiencia construida por el tribunal carece de fundamento por la falta de universalidad y generalización, y desconoce el derecho penal de acto, mientras que la aplicable es aquella, según la cual *“siempre o casi siempre que un coacusado quiera proseguir con su juicio frente a otro u otros que decidan anticipadamente preacordar la pena, aquel tiene la aspiración de ser declarado judicialmente inocente”*.

1.1.3 En opinión del demandante tales errores resultan trascendentes, porque los juzgadores de no haber incurrido en ellos el sentido del fallo sería distinto y no condenatorio, dado que dejan huérfana la acusación fundada en la versión de Diego Édison Londoño Gómez.

Pide casar la sentencia y dictar fallo absolutorio a favor de los hermanos OLAYA SÁNCHEZ.

1.2 Apoderado de ROBAYO ESCOBAR

1.2.1 Expresa que presentó dos causales principales de nulidad y tres causales subsidiarias, desarrolladas en la respectiva demanda de casación, a la cual se remite.

1.2.1.1 Con fundamento en el numeral 2° del artículo 181 de la ley 906 de 2004, aduce la afectación sustancial de la estructura del proceso, debido a que en la sentencia de primera instancia como en la de segunda instancia, no se plasmaron los hechos jurídicamente relevantes, tal como lo exige la jurisprudencia de la Sala de Casación, dado que se limitaron a mencionar informes y declaraciones relacionados con actos de investigación, sin concretar las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Según la doctrina y la jurisprudencia, la determinación de los hechos depende del derecho que en gran medida, establece cuales son los hechos relevantes y los medios admisibles para probarlos. Determinar el hecho en el contexto de la decisión significa, definir cuál es el hecho concreto (histórico, específico) al que se le aplica la norma idónea para decidir el caso, o establecer cuál es el hecho controvertido que posibilitará seleccionar la norma aplicable al caso.

Las sentencias acusadas violan el debido proceso y la garantía de la congruencia, debido a lo cual debe invalidarse la actuación a partir de la acusación inclusive, ya que como

lo señala la Sala es una afectación insubsanable y no convalidable, aunque el procesado haya conocido el supuesto fáctico o ante el silencio de la defensa.

1.2.1.2 Frente al segundo motivo de nulidad, haberse proferido condena a pesar de la solicitud de absolución de la Fiscalía General de la Nación, con sustento en las sentencias de la Sala de 25 de mayo de 2016 y 03 de agosto de 2016, radicaciones 43837 y 41905, el recurrente pide retomar el criterio jurisprudencial, según el cual, la petición del fiscal es vinculante para el juez y no un acto de postulación como se sostiene actualmente.

La petición de retornar al criterio anterior, la sustenta en los salvamentos de voto, en que no es pacífico y merece replantearse a partir del principio acusatorio, acorde con el cual el Estado es el titular de la acción penal y se ejerce por la Fiscalía General de la Nación, siendo esta dueña de la acusación, de modo que cuando solicita absolución el juez está obligado a acogerla, so pena de afectar la estructura del nuevo sistema procesal.

Respecto de la aplicación del principio de favorabilidad en esa materia jurisprudencial, agrega que en este asunto la acusación fue presentada el 22 de noviembre de 2013, el sentido del fallo anunciado el 24 de agosto de 2017 y la sentencia de primera instancia proferida el 1° de septiembre del mismo año; lapso en el que estuvo vigente la tesis, según la cual, la petición de absolución de la fiscalía era vinculante

De manera que si el juicio se hubiese adelantado dentro de los términos legales o en un plazo razonable, la sentencia proferida en vigencia de ese precedente habría conducido a la absolución del acusado y no a su condena por el cambio desfavorable. Menciona un caso del tribunal de Bogotá, que acoge el principio de favorabilidad frente a interpretaciones jurisprudenciales, aplicando la vigente *“al momento en que se cometió el delito”*.

1.2.2 Acerca de los errores probatorios aducidos en el libelo como cargos subsidiarios, con sustento en la causal 3^a del artículo 181 del C.P.P., el recurrente señala que los juzgadores desconocen de manera manifiesta las reglas de la apreciación de la prueba sobre la cual fundamentan las sentencias de primera y segunda instancia.

1.2.2.1 Critica al a quo por no haber tenido en cuenta la prueba documental estipulada, la cual muestra que ROBAYO ESCOBAR no fue dueño ni poseedor de la finca la Gardelia.

A pesar de tal hecho, se da por cierto lo manifestado por Diego Edinson Londoño Gómez, en el sentido que el acusado era propietario de dicho predio y lo había recuperado después de regresar de los Estados Unidos, país al que había sido extraditado.

1.2.2.2 En cuanto a la tergiversación del testimonio de Londoño Gómez, el error obedece a que en las sentencias los

juzgadores lo consideran testigo de visu cuando en realidad lo es de oídas, dado que según él, Samir Olaya fue quien le dijo que ROBAYO ESCOBAR estaba recuperando todas las propiedades que le habían quitado, aserto este no confirmado por el referido ciudadano sino desvirtuado.

Añade que en la demanda se señalan las diversas tergiversaciones de su dicho.

1.2.2.3 De igual manera expresa que el tribunal supone prueba, debido a que la indiciaria debe ser construida en las alegaciones finales por la fiscalía.

Lo contrario supone violación del derecho de defensa y otorgar actividades probatorias al juez, proscritas por el sistema acusatorio. Aunque el artículo 381 del C.P.P. no menciona como medio de conocimiento la indiciaria, la Sala en sentencia del 30 de marzo de 2006, rad. 24468, consideró y concluyó que tal medio de prueba no había desaparecido.

Empero, como el indicio es medio de prueba, no puede aparecer en la sentencia sino que ha de ser construido en las alegaciones finales por el fiscal, para que la defensa tenga la posibilidad de ejercer el principio de contradicción.

1.2.3 Por lo anterior, el demandante reitera la solicitud de casar la sentencia acusada y como consecuencia absolver a CARLOS JOSE ROBAYO ESCOBAR; o declarar la nulidad

de la actuación ordenando su libertad, toda vez que se encuentra privado de ella por cuenta de este asunto.

1.3 Apoderado de RUÍZ ZAMORA

1.3.1 Cargo primero. Nulidad.

1.3.1.1 Estima pertinente precisar la vulneración del principio de congruencia, que como garante de los derechos fundamentales del debido proceso y defensa, es reiterado en la sentencia del 29 de julio de 2015, rad. 43855.

Después de reproducirla parcialmente y citar otras anteriores, expresa que en este asunto no existe “*perfecta armonía*” en lo fáctico, ya que el escrito de acusación omite señalar cuál fue la participación del acusado en los delitos de homicidio de Talyna Paz Quesada, concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.

Al no existir la narración de los hechos jurídicamente relevantes, establece una hipótesis incompleta y, por tanto, un nulo tema de prueba en aspectos fácticos al precisar solo el aspecto jurídico, relacionando las normas supuestamente transgredidas con la conducta.

En la relación de los hechos, escueta y tangencial, construida para todos los acusados no aparece relacionado su prohijado, siendo factible asumir que la fiscalía no le

atribuyó fácticamente conducta delictiva, como igualmente puede constatarse con la audiencia de formulación de acusación, en tanto esta no fue corregida ni adicionada.

El recurrente expresa que se le impidió establecer una eficaz estrategia defensiva, más favorable a los intereses del acusado, violándose los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, mientras en la audiencia preparatoria dadas las falencias reseñadas no satisfizo el juicio de pertinencia de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con los hechos jurídicamente relevantes.

En el juicio oral, la fiscalía trajo nuevas circunstancias que podrían corresponder a posibles hechos jurídicamente relevantes, que nunca mencionó ni incluyó en su escrito de acusación y/o en la audiencia de formulación de la misma.

Así, de facto, desconoció la descripción fáctica o hechos jurídicamente relevantes, la cual no puede ser modificada una vez surtida la acusación (arts. 336 al 343 C.P.P) ni quedar al albedrío del fiscal, cuando no hay posibilidad de controversia por haber concluido el debate probatorio, dadas sus acomodadas y equivocadas alegaciones finales en relación con la identificación e individualización de RUIZ ZAMORA, para llenar los vacíos dejados en la acusación.

Califica de temerarias las afirmaciones del fiscal, según las cuales, el acusado recogió en moto a Talyña Paz Quesada, ya que su padre declaró que por informaciones de su esposa

se enteró que había sido recogida por un desconocido, y sabía que la iban a matar.

En consecuencia, estima que la condena se edifica en hechos jurídicamente relevantes no relacionados por el fiscal, desconoce el principio de legalidad y la consonancia entre acusación, alegación final y sentencia, pudiendo verificarse mediante su confrontación.

1.3.1.2 Pide en el evento de prosperar el cargo, atender el principio de *“prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad”*, conforme con lo establecido por la Sala en sentencia de 21 de octubre de 2013, rad. 32983.

1.3.2 Cargo segundo, falso raciocinio. Subsidiario.

Manifiesta que se atiende a los argumentos expuestos en la demanda, respecto de la valoración probatoria del testigo de cargo de la fiscalía, Diego Edinson Londoño Gómez, cuyo error resulta trascendente al menguar la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia impugnada, la cual pide sea casada.

2. No recurrentes

2.1 La Fiscalía

El fiscal Delegado solicita no casar el fallo impugnado, debido a que los cargos postulados por los demandantes no

pueden ser corroborados en su existencia fáctica, jurídica y procesal o carecen de trascendencia.

2.1.1 En relación con la demanda de CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA y el cargo primero, advierte que el problema planteado no es de incongruencia, señalando que siendo la imputación y acusación actos de parte de la fiscalía que carecen de control judicial, salvo la transgresión de garantías de los intervinientes, la indebida descripción de los hechos jurídicamente relevantes no es motivo de invalidación de la actuación.

Expresa que si era de su interés, la defensa ha debido pedir la adición o corrección del escrito, o incluso postular una eventual nulidad. Por el contrario, en la preparatoria optó por solicitar las pruebas que estimó necesarias, de modo que conocía los acontecimientos fácticos de los que era acusado su prohijado.

Frente al segundo, falso raciocinio en la apreciación del testimonio de Diego Edinson Londoño Gómez, señala que el casacionista solamente aduce la violación de la sana crítica, sin explicar cuál es el principio de la lógica, la ciencia o la regla de la experiencia omitidos o mal aplicados, persistiendo en su empeño en que en esta sede sea acogida su valoración probatoria.

2.1.2 Manifiesta que la censura primera por nulidad de la demanda de CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR, carece

de vocación, ya que es a la fiscalía a la que le corresponde determinar el núcleo fáctico de la acusación, el cual no puede ser cambiado al vaivén de las pruebas practicadas en el juicio oral, mientras que las de la defensa no tienen por qué redefinirlo.

La falta de congruencia entre acusación y sentencia propuesta como segundo reproche, por no acoger los jueces la petición de absolución de la fiscalía, es inexistente dado que acataron el precedente judicial vigente sobre la materia. Por lo demás, la jurisprudencia rige hacia el futuro sin que tenga cabida su aplicación retroactiva como acontece con la causal de revisión, y, por no ser equiparable al tránsito de legislación, no puede aplicarse el principio de favorabilidad en este asunto.

Así mismos, los errores de hecho propuestos por falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio, son inconclusos, inexistentes o son mal formulados.

2.1.3 Para el delegado la nulidad alegada como reparo primero en la demanda de los hermanos OLAYA SÁNCHEZ, no acredita los defectos de estructura o garantía invocados, ni el fallo integrado por las sentencias de primera y segunda instancia presenta problemas que afecten su validez.

En cuanto a la violación indirecta de la ley sustancial derivada de falsos juicios de existencia por omisión, identidad por cercenamiento y falso raciocinio, igualmente

advierte que tales reparos comprenden una crítica probatoria insular, que en el caso de los dos primeros, no explica su relevancia frente al sentido del fallo, en tanto que en el último su aseveración configura un obiter dictum asumido como indicio pero sin influencia en la condena de los acusados.

2.2 Ministerio Público

El representante del Ministerio Público pide no casar la sentencia impugnada, al estimar que los cargos propuestos en las demandas no tienen vocación de prosperidad.

2.2.1 Frente a los reproches formulados en la demanda a nombre de RUIZ ZAMORA, manifiesta que el censor califica el testimonio del confeso de mendaz; sin embargo, éste no fue declarado así por autoridad judicial, los defensores en su oportunidad procesal lo tacharon de falso y no se tiene conocimiento que el testigo Diego Edison Londoño Gómez, en otro proceso haya mentido o su testimonio o declaración hubiese sido mentirosa.

Ahora bien, la nulidad propuesta no está llamada a prosperar, dado que el escrito de acusación y las sentencias de primera y segunda instancia son consonantes en las condiciones de tiempo, modo y lugar y los delitos imputados; además, existe conexidad entre los sucesos narrados en la acusación, las pruebas practicadas y controvertidas en juicio y el fallo impugnado.

2.2.2 Respecto de los propuestos en el libelo presentado por el abogado de ROBAYO ESCOBAR, no avizora violación de garantías fundamentales o irregularidad sustancial que pudiera afectar el transcurso normal del proceso.

A su juicio, las instancias redactaron los hechos de forma diversa, pero no significa que fueran alterados en su estructura los fundamentos fácticos que dieron origen a la noticia criminis. En ese orden de ideas, la nulidad propuesta no está llamada a prosperar, pues las condiciones de tiempo, modo y lugar y los delitos imputados guardan conexidad con ellos, no se viola el principio de taxatividad como tampoco el de congruencia.

En el caso, los jueces motivaron la sentencia bajo el grado de certeza, a partir del estudio acucioso y ponderado de las pruebas allegadas al juicio con observancia de los principios que rigen la sana crítica.

Califica de inexistente la alegada violación indirecta de la ley sustancial por parte de las instancias, toda vez que las normas aplicadas guardan correspondencia con los presupuestos facticos del proceso y la prueba allegada en el juicio oral.

2.2.3 Para el Ministerio Público la nulidad propuesta en la demanda a nombre de SAMIR y FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ no está llamada a prosperar, ya que el escrito de acusación y las sentencias de primera y segunda instancia

guardan incólume las condiciones de tiempo, modo y lugar y los delitos imputados; al igual que hay conexidad entre los hechos de la acusación y el fallo de condena.

Sobre los errores probatorios, expresa que el testimonio de Adriana Ocampo, fue tenido en cuenta por las instancias, toda vez que refiere el hecho notorio de que los hermanos Olaya Sánchez se dedicaban a trabajar en una vidriería de la familia y que la testigo les surtía el material (vidrio). Así mismo el del padre de la víctima Talyna Paz Quesada, conforme se observa en la sentencia de primer grado.

Agrega que en este proceso no se buscaba comprobar la propiedad del inmueble La Gardelia o en manos de quien se encontraba sino establecer la participación de los acusados en los homicidios como fue probada, quienes en su condición de integrantes de la banda criminal, según lo relatado por Diego Londoño, intervinieron en su comisión.

Añade que el Tribunal tuvo en cuenta todo el material probatorio allegado en el juicio y no solo el preacuerdo que realizaron algunos procesados que dio lugar a la ruptura de la unidad procesal, de modo que el indicio no fue el único medio de prueba que se tuvo en cuenta para confirmar la condena.

CONSIDERACIONES

1. La Sala resolverá de fondo los reparos contra el fallo impugnado sin tener en cuenta las falencias presentadas por

las demandas, toda vez que su admisión presupuso el cumplimiento de las formalidades mínimas requeridas en esta sede, advirtiendo que no casará la sentencia del tribunal que ratifica las condenas de SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR y CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA por los delitos de homicidio agravado en las personas indicadas en ella, concierto para delinquir agravado y porte de armas de fuego agravado, porque los cargos propuestos al amparo de las causales 2ª y 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, no tienen vocación de prosperidad o carecen de trascendencia.

2. Demanda a nombre de SAMIR Y FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ.

2.1 Cargo primero. Nulidad por vicio de estructura

El demandante aduce la afectación sustancial de la estructura del proceso, señalando que las instancias “no atendieron la pedagogía de la Corte en punto de la estructuración de los hechos jurídicamente relevantes en las **sentencias**”, tal como lo establece en la providencia del 15 de marzo de 2017, rad. 48175, procediendo a transcribirla parcialmente.

Enseguida reproduce los hechos de los fallos de primera y segunda instancia, expresando que dicho precedente jurisprudencial fue desconocido por los juzgadores, quienes omitieron establecer el “*factum*” y precisar las circunstancias

de tiempo, modo y lugar, conforme lo establece el artículo 162 de la Ley 906 de 2004.

2.1.1 El planteamiento del libelista es equivocado, al apoyarlo en una decisión judicial referida a las formalidades del escrito de acusación, relacionada con la obligación de la fiscalía de hacer en él la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes prevista en el numeral 2 del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, pero no con las de la sentencia.

2.1.1.1 En efecto, en tal decisión la crítica va dirigida a la forma en que el acusador presenta los hechos en el escrito de acusación, debido a que no pocas veces menciona en estos hechos indicadores o relaciona los mismos con el contenido de los medios de prueba, cuya práctica la Corte considera nociva para la administración de justicia y para los intervinientes, toda vez que dificulta establecer con claridad y precisión cuáles son los cargos por los cuales el acusado deberá responder en juicio oral, afectándose de esa manera su derecho a la defensa.

Además, resalta la importancia de precisar los hechos jurídicamente relevantes, debido a que determinan el tema de prueba, siendo labor del fiscal su concreción por ser de su competencia presentar la acusación.

2.1.1.2 De otro lado, en la transcripción hecha en la demanda no se colige que dicha decisión judicial guarde relación con el contenido de la sentencia o los requisitos

formales que esta deba reunir, ya que como se verá más adelante, no exige una relación de los hechos jurídicamente relevantes sino la fundamentación fáctica, la cual comprende los hechos debatidos y probados en el juicio oral.

2.1.1.3 Ahora bien, que el a quo haya reproducido y el ad quem resumido en el acápite de los hechos los mismos que hicieron parte del escrito de acusación, aunque no sea aconsejable, es una práctica judicial persistente relacionada con las formalidades que los estatutos anteriores establecían para la sentencia, sin que constituya vicio de estructura porque esa no es la fundamentación probatoria que el actual estatuto demanda.

2.1.2 Los Códigos procesales penales anteriores requerían que el juez hiciera en la sentencia “*un resumen de los hechos investigados*”¹.

La Ley 906 de 2004 en el artículo 162 numeral 4, en relación con el cual el casacionista no adelanta análisis ni desarrollo alguno para mostrar que el fallo cuestionado desconoce tal mandato legal, dispone que las sentencias y autos deben contener la “*fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral*”, sin exigir para ello fórmula sacramental alguna.

¹ Ley 600 de 2000, artículo 170.1; Decreto 2700 de 1991, artículo 180.1.

“Esta norma indica con claridad que en el fallo el Juez debe especificar cuáles son los hechos que declara probados. Igualmente, debe relacionar las normas aplicables al caso, lo que implica desentrañar, merced a una adecuada interpretación de las mismas, cuáles son los presupuestos factuales previstos en abstracto por el legislador como presupuesto de la respectiva consecuencia jurídica...”

Es posible que la premisa fáctica del fallo coincida con la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida en la acusación. En esos casos, el juez debe indicar que esa coincidencia se ha presentado, en orden a que los destinatarios de la decisión comprendan qué es exactamente lo que se está declarando probado.

Cuando esa coincidencia no se dé, y el juez considere necesario transcribir los términos de la acusación, debe aclarar la situación. En todo caso, tiene la responsabilidad de especificar la premisa fáctica del fallo”²»

2.1.2.1 La necesidad reclamada por el texto legal de que el fallo contenga las razones fácticas, jurídicas y probatorias que lo fundamentan, está encaminada a preservar el principio de motivación de la decisión judicial y habilitar el derecho de impugnarla, garantizando la doble instancia.

2.1.2.2 El factum por consiguiente corresponde a lo probado y debatido en el juicio oral. Tal supuesto de hecho hace relación a las circunstancias modales, temporales, espaciales de la conducta reprochada y aquellas que la

² CSJ SP, 8 mar. 2017, rad. 44599.

modifican, las cuales se adecuan a la descripción típica objeto de la acusación.

La concreción de ellas en la sentencia, permitirá a los intervinientes conocer las razones de hecho y discutir las en el evento de no estar de acuerdo con ellas o considerar que no fueron probadas.

Ahora, si la fundamentación fáctica de la sentencia contempla hechos que no se compadecen con lo decidido, no hay duda de que existe un defecto que incide en su sentido, susceptible de ser corregido mediante la interposición de los recursos legales que proceden contra la misma, ello porque se aparta de lo probado y discutido en el juicio oral.

2.1.2.3 En este asunto, el casacionista pasa por alto que en el fallo cuestionado se da por probada la existencia en el año 2012 en Jamundí Valle de la organización criminal liderada por Carlos José Robayo Escobar, alias “Guacamayo”, dedicada a cometer homicidios, al tráfico de estupefacientes y a la extorsión, de la cual hacían parte los hermanos SAMIR y FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ.

Así mismo, cómo SAMIR OLAYA SÁNCHEZ el 9 de mayo de ese año, en el parque de esa población mediante engaño recogió en un taxi a Edinson Chaparro Granada, para que con el arma de fuego facilitada por él fuera ejecutado en la finca La Gardelia, por estar “*torcido*”; predio al que el 12 de octubre también de 2012, llevó a Winston Erich Vega Pinzón

y Mauricio Herrera Lores para darles muerte, bajo la acusación de ser informantes de la DEA, cuyos cadáveres fueron dejados en una camioneta abandonada por la vía a Aguachinte.

Igualmente, cómo FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ el 22 de agosto en horas de la noche, después de haber sido llevada a esa misma finca por miembros de la organización criminal de la cual hacía parte y al parecer abusada, participó en la ejecución de Talyna Paz Quesada y en el entierro de su cadáver, para ocultar el homicidio.

2.1.2.4 Bajo tales circunstancias, la impropiedad del reparo propuesto es evidente. En la motivación de la sentencia, según lo dicho, se hace la presentación del factum por los cuales los hermanos OLAYA SÁNCHEZ son condenados, indicándose los pormenores que los rodearon, cumpliéndose de ese modo con el requerimiento legal en su estructuración.

2.1.3 Por lo demás, si el reproche iba igualmente dirigido contra la acusación, ha debido acreditar que el escrito de acusación presentado el 27 de septiembre de 2013, no cumplía con lo previsto en el numeral 2 del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, mostrando que los hechos relacionados en él incumplían tal mandato.

Ciertamente la Sala en la decisión citada por el casacionista, 15 de marzo de 2017, y en posteriores viene

insistiendo en la necesidad de que en el citado escrito de manera clara y precisa se haga la relación de los hechos jurídicamente relevantes, precisando que los mismos no pueden ser confundidos con los medios de prueba, pero ello no quiere significar que tal obligación no existiera en obediencia al mandato legal mencionado.

Sin embargo, es evidente que la censura no hace esfuerzo alguno por mostrar que la fiscalía desconociera la obligación de relacionar los hechos jurídicamente relevantes o que los presentados no reunían tales condiciones, de modo que la acusación por el desconocimiento del precedente judicial carece de sustento.

2.2 Cargo segundo subsidiario. Violación indirecta de la Ley sustancial

El casacionista aduce la existencia de errores de hecho en la sentencia atribuibles a los juzgadores, relacionados con la apreciación y valoración de los testimonios de Adriana Marcela Ocampo Álvarez, Jesús Arnobio Paz, Héctor Mario Giraldo Grisales y en el indicio de *“responsabilidad penal”*.

2.2.1 Falso juicio de existencia por omisión

Expresa que los juzgadores no valoraron la declaración de Adriana Marcela Ocampo Álvarez, prueba de la defensa, con la que se acredita que en el bienio 2010-2012, los OLAYA SÁNCHEZ estaban dedicados a una actividad lícita.

2.2.1.1 Adriana Marcela Ocampo Álvarez, propietaria de la empresa VIMALCO³ ubicada en Jamundí, dedicada a la comercialización de aluminio, vidrio, espejos, marquetería e instalación, expresó que en los años 2010-2012 a “*Vidrios y Espejos Olaya*” le vendía aluminio y vidrio, cuyos pedidos y compras las hacían, a veces, SAMIR, FERNANDO o Alfredo, quienes iban “*día de por medio más o menos*” a su negocio con ese propósito.

2.2.1.2 Es evidente que los juzgadores en la sentencia no lo apreciaron. Sin embargo, tal prueba es intrascendente. La naturaleza de la actividad comercial desempeñada por los hermanos OLAYA SÁNCHEZ y las compras regulares a la empresa de la testigo, no constituyen coartada de lugar que imposibilite atribuirles los hechos de la condena.

Ella muestra, como lo dice el casacionista, que ejercían una actividad lícita. Sin embargo, por sí misma, no desvirtúa lo atestiguado por Diego Edinson Londoño Gómez, en tanto no impedía que de forma paralela se dedicaran a tareas ilícitas.

2.2.1.3 Baste recordar que el a quo advierte que, según el patrullero Juan Carlos Aponte Devia, “*SAMIR Y FERNANDO OLAYA, vivían en el barrio CIRO VELASCO del municipio de Jamundí y allá al parecer tenían un negocio relacionado con el ramo de vidrios o*

³ Declaración 9 de septiembre de 2016, reg. 01:59:59 a 02:11:05 del DVD.

algo parecido, pero lo que manifestaba la comunidad era que estaban involucrados con la organización del GUACAMAYO”⁴.

2.2.1.4 El reproche carece de relevancia, toda vez que la prueba omitida no tiene incidencia alguna en el sentido del fallo, en la medida, se reitera, que muestra a los acusados ocupándose en labores lícitas que no les imposibilitaban hacer parte de la organización criminal ni cometer los delitos imputados en la acusación.

2.2.2 Falso juicio de identidad

Acusa al a quo de mutilar la versión jurada de Jesús Arnobio Paz, en el tema en el que la defensa de ROBAYO ESCOBAR le preguntó sobre qué decía de lo declarado por Diego Edinson Londoño Gómez, quien había aseverado que su hija Talyna Paz era encargada de portar y trasportar armas y estupefacientes para la organización criminal.

En opinión del recurrente, lo cercenado es trascendente porque desacredita la versión del testigo.

2.2.2.1 Acerca de lo manifestado por Londoño Gómez, Jesús Arnobio Paz respondió *“vea a ese respecto sí, yo si no, no eso si es falso, porque yo no le vi nada a ella, ella no, bueno y si ella transportaba armas qué hacía la plata, porque yo le daba todo lo necesario pa’ ella, eso es lo que yo no entiendo”⁵.*

⁴ Folio 37 de la sentencia de primera instancia.

⁵ Juicio oral, declaración de 28 de abril de 2016, reg. 12:31 a 13:21 del DVD.

2.2.2.2 Dicho reproche carece de fundamento. En el párrafo de la sentencia reproducido en la censura como en el cuerpo del fallo⁶, el juzgador refiere que Jesús Arnobio en el juicio oral dijo:

*“tampoco conocí a un sujeto con el alias del “Mocho”. No conocía al señor CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR. No escuchó hablar de un señor alias GUACAMAYO, solo lo leyó en la prensa, que **era falso que Talyna Paz Quesada haya participado con alguna organización delincriminal y tenga vínculos con transporte de armas, afirma que ella no tenía dinero en tanto él le daba todo lo necesario para ella**”.* (negrillas fuera de texto).

2.2.2.3 Que el juzgador se apartara de lo atestiguado por el padre de la víctima y concluyera que la muerte de la mujer obedeció a los motivos señalados por Londoño Gómez, esto es, *“había llegado información a los integrantes, que ella iba a entregar a alias “Yepes”⁷ y no “por razones sexuales víctima de violación carnal”, hipótesis considerada admisible por la defensa con sustento en lo manifestado por Jesús Arnobio Paz, no configura el vicio alegado.*

2.2.2.4 Además, que el testigo Paz no conociera a qué se dedicaba su hija, quien aunque tenía amigos no eran conocidos de él, toda vez que no los llevaba a la casa ni mencionaba sus nombres⁸, no significa que el a quo

⁶ Págs. 27 de la demanda y 55 de la sentencia de primera instancia.

⁷ Folio 57 de la sentencia de primera instancia.

⁸ Juicio oral, declaración 28 de abril de 2016, reg. 11:25 a 11:37 del DVD.

traicionara la literalidad del testimonio de aquél y este, a su vez, menguara el mérito suasorio de la versión de Londoño Gómez.

2.2.3 Falso juicio de existencia por omisión

Señala que los falladores incurrieron en este error de hecho al dejar de apreciar la declaración de Héctor Mario Giraldo Grisales, con la que se establece que la finca La Gardelia no estaba bajo la mira del grupo criminal citado por Londoño Gómez.

2.2.3.1 Este testigo⁹ refiere lo relacionado con la adquisición en diciembre de 2011 de “*un lote de terreno de una parte de la finca la Gardelia*” en Jamundí, el uso que le dio a la misma, los arrendatarios que tuvo y el hallazgo de restos humanos en la finca Andalucía, y una parte de ellos, al parecer, en su finca o un lote de enseguida.

Así mismo, negó conocer el predio La Luisa, a Londoño Gómez, al acusado ROBAYO ESCOBAR y a las personas, cuyos cadáveres fueron encontrados en aquellas fincas.

2.2.3.2 El casacionista reproduce la parte del fallo de primera instancia, en el que el juez advierte que

“coincidentalmente la defensa trajo a testimoniar al señor HÉCTOR MARIO GIRALDO GRISALES, muy pertinente por

⁹ Juicio oral, declaración 28 de abril de 2016, reg. 0:15:49 a 01:14:01.

cierto, pues tal como lo declaró era quien legalmente para el año 2012 fecha de los hechos fungió como propietario de un predio escindido de la finca la Gardelia (hecho además estipulado), lugar desde donde se coordinaron actividades delictivas”¹⁰.

2.2.3.3 Sin embargo omite aquella en la que el a quo concluye:

“De ahí que ningún grado de credibilidad pueda asignársele a los testimonios de SAMIR OLAYA SÁNCHEZ y HÉCTOR MARIO GIRALDO GRISALES, cuando bajo la gravedad del juramento en juicio, afirman que no conocen y por lo tanto, nunca sostuvieron ninguna conversación con DIEGO EDISON LONDOÑO GÓMEZ , alias “El Mocho o el Pulpo” pues, sencillamente se trata de una frágil estrategia tendiente a sacar avante la situación que se cierne sobre ellos, el uno como acusado y el otro -GIRALDO GRISALES- como presunto implicado, de ahí que quiera mantenerse al margen de todo lo ocurrido en su propiedad al manifestar que de ello no tenía conocimiento como quiera que visitaba este predio esporádicamente o que este había sido rentado”¹¹.

2.2.3.4 Emerge incontrastable la falta de asidero del recurrente, dado que el testimonio citado fue contemplado materialmente, siendo entonces inadmisibile su pretensión de fijarle un valor probatorio distinto al del juzgador, en tanto no demuestra la existencia de un error de intelección en su apreciación.

¹⁰ Págs. 29 y 30 de la demanda y 49 de la sentencia.

¹¹ Pág. 49 del fallo de primera instancia.

2.2.4 Falso raciocinio

Acusa al tribunal de desconocer las reglas de la experiencia al construir un indicio, a partir de la aceptación del delito de concierto para delinquir con fines de homicidio por parte de los acusados William Andrés Guerrero Giraldo, alias “Tirapedo”, Juan Sebastián y Andrés Felipe Rivas Riascos, alias “Los Mellizos”.

Para el demandante, dicha regla, además de carecer de universalidad y generalización, desconoce el derecho penal de acto.

2.2.4.1 Ciertamente el tribunal expresó:

*“Por último, aun cuando la bancada de la defensa nada manifestó sobre el irrefutable suceso de que los señores WILLIAM ÁNDRES GUERRERO GIRLADO, alias “Tirapedo”, JUAN SEBASTIÁN y ANDRÉS FELIPE RIVAS RISCASO, alias “los Mellizos” -integrantes de dicha organización criminal, por estos mismos hechos preacordaron con la Fiscalía por el delito de concierto para delinquir con fines de homicidio -lo cual originó la ruptura de la unidad procesal con relación a ellos- debe señalarse que dicho **indicio** contribuye a consolidar los requisitos exigidos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal”¹² (Negrilla fuera de texto).*

2.2.4.2 Con la aclaración que lo construido no es una regla de la experiencia sino un indicio, tal como claramente

¹² Págs. 35, 36 de la sentencia de segunda instancia.

lo contempla la sentencia, el tribunal con él desconoce el derecho penal de acto o de culpabilidad, conforme lo anota el casacionista.

2.2.4.3 El derecho penal vigente se fundamenta en el concepto de acto, en el que primero cuenta la lesión del orden jurídico o social, mientras las características personales del autor obran de modo secundario, esto es, sirven para efectos punitivos.

En este sentido, al delincuente se le pune no por lo que es, sino por el hecho que ha cometido.

Responde por lo que hace, por su acción, y no por la de los demás. Así las cosas, la responsabilidad penal es individual, no colectiva.

2.2.4.4 Conforme con lo anterior, el tribunal se equivoca al tener como indicio de responsabilidad penal en contra de los acusados OLAYA SÁNCHEZ, el preacuerdo entre la fiscalía y otros procesados, quienes aceptaron el delito de concierto para delinquir agravado, única conducta punible imputada a ellos.

2.2.4.5 Asumiendo que tal construcción fuera legítima, la incidencia en la responsabilidad de tales inculpados sería respecto del delito aceptado por los coacusados y no frente a los punibles de homicidio agravado en Edinson Chaparro Granada, Winston Erich Vega, Mauricio Herrera Lores en el

caso de SAMIR OLAYA SÁNCHEZ y de Talyna Paz Quesada en el de FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, y porte ilegal de armas de fuego.

2.2.4.6 Probado el desacierto del tribunal, este no tiene incidencia alguna en el sentido del fallo.

La aseveración de que tal indicio contribuía a consolidar las exigencias requeridas para condenar, es complementaria al análisis riguroso de la prueba recaudada en el juicio oral, a partir del cual el ad quem ratifica el compromiso penal de SAMIR y FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ atribuido en primera instancia.

2.2.4.7 Para derruir la doble presunción de legalidad y acierto de la sentencia impugnada, no basta la afirmación del recurrente de que sobre dicho indicio el tribunal fundó la responsabilidad de los hermanos OLAYA SÁNCHEZ. Debía demostrar la validez de su aserto, lo cual no hizo.

3. A nombre de CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR

3.1 Nulidades

Con sustento en la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en la demanda el impugnante propone dos (2) censuras principales por nulidad.

3.1.1 Nulidad por vicio de estructura

El recurrente pide declarar la nulidad parcial del proceso por afectación de su estructura, expresando que la sentencia desconoce lo previsto en el artículo 162 numeral 4 de la Ley 906 de 2004, y el precedente judicial sobre la materia.

En su criterio el relato de los hechos realizado por las instancias, se aparta de los debatidos en el juicio y desconoce la obligación impuesta en el mandato legal mencionado.

3.1.1.1 Dentro de los requisitos comunes que la sentencia debe reunir, el artículo 162 de la Ley 906 de 2004 en su numeral 4, contempla que las providencias judiciales hagan la *“Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”*.

3.1.1.2 La exigencia de hacer la fundamentación fáctica, está vinculada con la presentación inicial en la sentencia de los hechos objeto de investigación, o como lo indicaban los estatutos procesales anteriores: *“un resumen de los hechos investigados”*¹³.

¹³ Decreto 2700 de 1991, artículo 180 numeral 1; Ley 600 de 2000, artículo 170 numeral 1.

El propósito no es otro que el de señalar los hechos presumiblemente punibles de la mejor manera posible como los probables autores y partícipes de los mismos.

3.1.1.3 Que algunos jueces acostumbren reproducir el escrito de acusación o parte de él en contravía del mandato legal, aunque reprochable es una informalidad que no tiene los alcances fijados por el casacionista, mientras como lo ha dicho la Sala el factum haya sido precisado en el cuerpo de la sentencia.

“Es frecuente que en la sentencia, en el acápite intitulado “hechos”, los jueces transcriban lo expuesto por la Fiscalía en el escrito de acusación, incluso cuando allí se han cometido errores como los señalados a lo largo de este fallo, consistentes en confundir “hechos indicadores” con hechos jurídicamente relevantes, o en lugar de hacer una relación clara y sucinta de estos, como lo ordena la ley, se transcriba el contenido de declaraciones, dictámenes, etcétera.

Al margen de consideraciones de orden formal, lo anterior adquiere relevancia cuando el juzgador en ninguna parte del fallo precisa la premisa fáctica de la decisión, perpetuando de esa manera los yerros cometidos por el ente acusador. Ello sin perjuicio de que la acusación esté bien estructurada, y, no obstante, el juzgador incurra en yerros como los relacionados a lo largo de este proveído”¹⁴.

3.1.1.4 La Sala frente a esta temática, advierte que la obligación del juez de precisar los hechos que declara

¹⁴ CSJ SP, 8 mar. 2017, rad. 44599.

probados y relacionar las normas aplicables al caso, deviene como consecuencia de la fundamentación probatoria y jurídica realizada a partir del análisis de la prueba recaudada en el juicio con indicación de su estimación y de la respuesta a las alegaciones de los intervinientes.

En esta oportunidad que constituye el fundamento de la sentencia, es en la que cobran importancia los llamados hechos y la prueba en los cuales se sustenta el juicio sobre la responsabilidad o no de los autores y partícipes y sus consecuencias.

3.1.1.5 Así las cosas, el libelista carece de razón. Basta con examinar los fallos de primera y segunda instancia para concluir que ellos contienen la debida fundamentación fáctica exigida por el mandato legal, al margen de que el a quo haya limitado los hechos a reproducir la acusación.

En ellos, a partir de la declaración de Diego Edinson Londoño Gómez, ex integrante de la banda criminal, y de las pruebas de corroboración periférica, hallazgo en una fosa común de los restos de Edinson Chaparro Granda y razones y forma de ejecución de Winston Erich Vega Pinzón y Mauricio Herrera Lores, se precisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que ocurrieron los hechos por los cuales es condenado ROBAYO ESCOBAR.

3.1.2 Nulidad por vicio de garantía

3.1.2.1 Pide invalidar la actuación con sustento en los artículos 457 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Carta Política, debido a que los jueces condenan a CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR, no obstante el fiscal, en su alegación, haber solicitado su absolución por falta de prueba.

3.1.2.2 Solicita retomar el criterio según el cual la petición del fiscal es vinculante para el juez, debido a que i) no existe decisión pacífica sobre el tema, ii) el sistema procesal penal vigente está regido por el principio acusatorio y iii) la fiscalía es dueña de la acusación.

3.1.2.2.1 La Sala en sentencia de 25 de mayo de 2016, rad. 43837, modificó el criterio jurisprudencial conforme con el cual la petición de absolución de la fiscal equivalía a un “retiro de cargos”¹⁵, en razón de que la acusación es un acto de parte y como manifestación del principio de congruencia¹⁶.

Tal variación se sustentó en las características propias del proceso penal colombiano que no es “*netamente adversarial*”; en el ejercicio de la acción penal como deber jurídico de la fiscalía y no “*facultad discrecional*”; en que la cesación de su ejercicio por iniciativa del ente acusador, o de la persecución penal, están sometidas a “*control de legalidad*” y “*control judicial*”; en el derecho de las víctimas a “*impugnar*” la sentencia

¹⁵ CSJ SP, 13 jul. 2006, rad. 15843.

¹⁶ CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 41290.

absolutoria; en la competencia material del juez de segunda instancia para “*corregir la decisión judicial*”; y, en el principio de congruencia circunscrito a “*la sentencia condenatoria y el acto de la acusación*”.

3.1.2.2.2 El casacionista no tiene razón ni ofrece razones sólidas que conduzcan a la Sala a retomar el criterio abandonado desde 2016.

En principio es pertinente advertir que desde la decisión citada, la jurisprudencia de la Sala es pacífica en torno a dicha temática, razón por la cual no señala ninguna decisión posterior al 25 de mayo de 2016, que controvierta o ponga en duda las consideraciones que llevaron a modificar su criterio en esa fecha.

3.1.2.2.3 No basta con señalar que el sistema procesal penal se rige por el principio acusatorio, toda vez que como se dijo en esa oportunidad, el proceso colombiano no es adversarial puro y tiene sus propias características.

Tales como la adscripción de la Fiscalía General de la Nación a la Rama Judicial, la intervención de la Procuraduría General de la Nación y de las víctimas con facultades procesales para solicitar y aportar pruebas, impugnar decisiones, el sistema reglado del principio de oportunidad y el rol del juez, al que le corresponde velar por el principio de justicia material y la protección de las garantías y derechos de los intervinientes.

3.1.2.2.4 Ni tampoco con manifestar que la fiscalía es “dueña de la acusación”, en tanto que el ejercicio de la acción penal no es facultad discrecional del fiscal sino deber jurídico en los términos del artículo 250 de la Carta Política, mientras su decisión de no ejercer la acción penal o de cesar la persecución penal, está sometida a controles legal y judicial, como se dijo en precedencia.

3.1.2.2.5 Desde esta perspectiva el actor no asoma razón que conduzca a replantear la tesis pacífica, según la cual, la petición de la fiscalía de absolución del acusado no obliga ni vincula al juez que preside el juicio.

3.1.2.3 El libelista invoca el principio de favorabilidad en la solución de este caso, al que considera debe aplicarse el criterio jurisprudencial que rigió en su trámite, de acuerdo con el cual la petición de absolución del fiscal era vinculante para el juez, el cual no fue posible aplicar a este proceso debido a su demora.

3.1.2.3.1 En principio, la fuerza vinculante de la jurisprudencia guarda relación con la seguridad jurídica de las decisiones judiciales, al establecer un principio de confianza para las partes que esperan que sus casos sean resueltos bajo criterios estables y consistentes.

Sin embargo, el acatamiento del precedente judicial no constituye método de aplicación de la ley que imponga juicios inmodificables, ya que la jurisprudencia acompasada con las

realidades sociales no impide descartar modificaciones del criterio que orientó en un momento determinado una opinión interpretativa distinta frente al mismo texto legal.

3.1.2.3.2 Tal fuerza vinculante es relativa, en la medida que la exposición razonada y fundada de los sustentos jurídicos, permiten al operador judicial apartarse de la jurisprudencia dictada por la Corte en reconocimiento del principio de imparcialidad y autonomía judicial, tal como lo estableciera la Corte Constitucional en sentencia C 836 de 2001, al declarar la exequibilidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896.

3.1.2.3.3 Esa fuerza vinculante y carácter normativo de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, ha sido reconocida por la Sala.

“Sin duda las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento jurídico, naturaleza que la dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, siempre que se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C 836 de 2001”¹⁷.

¹⁷ CSJ SP, 1º feb. 2012, rad. 34853.

3.1.2.3.4 Ahora bien, la Sala admite que la favorabilidad que rige en materia penal respecto del tránsito o sucesión de leyes, es susceptible de aplicación en materia del precedente judicial de manera restringida, sin que opere en todos los casos dado que este no es equiparable a la ley.

“En primer término, la asimilación que hace el impugnante entre derecho legislado y precedentes judiciales, de cara a la aplicación del principio de favorabilidad, es inaceptable, porque una cosa es el fenómeno de tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas que regulen de manera diferente un mismo asunto, y otra muy diferente que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria varíe la interpretación de un determinado precepto por considerarla errónea, tal y como sucedió en este caso”¹⁸.

3.1.2.3.5 La Sala sostiene invariablemente que el principio de favorabilidad no opera frente a la sucesión de precedentes judiciales en el curso del proceso, toda vez que los mismos surgen de criterios elaborados a partir de la labor interpretativa de la ley, susceptibles de modificación frente a nuevas razones y argumentos fundados aún en vigencia de del mismo texto legal, y no de su aplicación originada en el tránsito de leyes.

“Los supuestos que viabilizan la aplicación favorable de una ley en sucesión durante el curso del proceso no son, como lo propone la recurrente, los mismos en tratándose de un criterio jurídico cuya dinámica corresponde a elementos

¹⁸ CSJ AP, 13 jul. 2016, rad. 48257.

hermenéuticos de distinta naturaleza, lo que equivale a decir que, salvo el ámbito de la acción extraordinaria de revisión bajo la limitación dicha, el principio de favorabilidad no se predica de tesis jurisprudenciales sucedidas en el curso del proceso”¹⁹.

3.1.2.3.6 En este sentido, la propuesta de reconocer el precedente más favorable en el decurso del proceso apoyada en la causal que contempla la revisión de la sentencia, pasa por alto que la misma aplica únicamente para las situaciones definidas en la condena con efectos de cosa juzgada y no a cuestiones procesales como la invocada por el libelista.

3.1.2.3.7 En este asunto, a pesar de la petición de absolución de la fiscalía, el juez encontró que la prueba recaudada en el juicio oral satisfacía los parámetros probatorios del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar y obró en consonancia con el precedente judicial vigente, por lo que la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2017 contra ROBAYO ESCOBAR no desconoce el debido proceso ni vulnera ninguna de sus garantías.

3.2 Violación indirecta de la ley sustancial. Subsidiario

Con sustento en la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, aduce la existencia de errores de hecho por el manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de las pruebas sobre las cuales se funda la sentencia, que

¹⁹ CSP AP, 6 oct. 2021, rad. 58374.

infringen indirectamente por falta de aplicación los artículos 29 de la Carta Política, 7, 12, 15, 26, 162, 372, 381, 382 y 443 de la Ley 906 de 2004.

3.2.1 Primer cargo. Falso juicio de existencia por omisión

Atribuye este error al juez de primer grado por no tener en cuenta las escrituras públicas objeto de estipulación probatoria, en las que CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR no figura como propietario, ni en parte alguna como poseedor o tenedor del predio La Gardelia y del lote contiguo Santa Lucía.

De este modo, el juzgador no podía en el fallo aducir que el acusado regresó al país, luego de su extradición a Estados Unidos, con el propósito de recuperar la finca la Gardelia.

3.2.1.1 Carece de razón el libelista, toda vez que dentro de la relación del material probatorio debatido en el juicio, el a quo señaló que *“algunos de los hechos que con estos se configuran fueron objeto de materia de estipulación”*. A partir del numeral 6 al 11, enuncia las escrituras públicas²⁰.

Las mismas corresponden i) al englobe de dos lotes de terreno contiguos, ubicados en Guachinte corregimiento de Jamundí, y división de los mismos en cuatro, A, B, C, D,

²⁰ Págs. 24 y 25 de la sentencia de primera instancia.

realizada por Juan Fernando Álvarez²¹; ii) a la división del C en lotes 1 y 2 y venta del 2 a Carmen Elisa Ceballos León²²; iii) a la compra del lote 1 por Adriana García Quira; iv) a la adquisición de los lotes 1 y 2 por Osvath & Cía. S.C.S; y v) a la compra del lote 1 por Héctor Mario Giraldo Grisales a esta última persona jurídica²³.

3.2.1.2 Los intervinientes conforme con el párrafo del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, acordaron aceptar como probado los actos consignados en cada una de las escrituras públicas. En consecuencia, los englobes de lotes, las divisiones de algunos de ellos y las compraventas registradas en ella, no son susceptibles de prueba ni de controversia probatoria.

3.2.1.3 En tales condiciones, el juez no podía hacer otra cosa que relacionar en la sentencia las estipulaciones probatorias. No incurre en error al tener por probado lo que fiscalía y defensa aceptaron y acordaron a través de tal mecanismo previsto en la ley.

3.2.1.4 La parte del fallo reproducida en la censura para acreditar el supuesto error, no desconoce ni valora los hechos sobre los que las partes consideraron no existía controversia sustantiva.

²¹ Escritura pública 3140 del 27 de junio de 1997, Notaría Tercera del Círculo de Cali; folio 10 carpeta de estipulaciones probatorias.

²² Escritura pública 5640 del 14 de noviembre de 1997, Notaría Tercera del Círculo de Cali; folio 114, carpeta de estipulaciones probatorias.

²³ Escritura pública 3994 del 14 de diciembre de 2011, Notaría Trece del Círculo de Cali; folio 125, carpeta de estipulaciones probatorias.

En ella, el juez resume lo que el subintendente Jairo Guzmán Vargas escuchó de Diego Edinson Londoño Gómez en el interrogatorio a indiciado. Lo expresó en los siguientes términos:

“Acorde con la versión de DIEGO EDINSON las actividades delincuenciales a las que esa estructura estaba dedicada eran tráfico de estupefacientes, porte ilegal de armas, a tomar el control de las famosas líneas imaginarias, porque había otra banda criminal en el municipio de Jamundí y de la recuperación de unos bienes que le habían quitado a “GUACAMAYO” cuando a él lo extraditaron, información que se verificó y efectivamente CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR lo extraditan en el año 2005 y cuando regresó quería recuperar los bienes, pero lo único que recuperó fue la finca La Gardelia”²⁴.

3.2.1.5 Así las cosas, no se afirma específicamente que a nombre de ROBAYO ESCOBAR existiera acto escritural en el que figurara como propietario de la Gardelia, se dice que la organización estaba dedicada a la *“recuperación de unos bienes que le habían quitado”*, y el único recuperado fue ese predio.

3.2.1.6 Ahora bien, si los restos humanos de algunas de las víctimas, Edinson Chaparro Granada, Talyna Paz Quesada y Juan Carlos Valencia Peña, fueron hallados en predios de la mencionada finca, desde la cual operaba el ala rural de la banda criminal liderada por ROBAYO ESCOBAR, es obvio que este había tomado posesión de ella.

²⁴ Pág. 33 de la sentencia de primera instancia.

En este sentido el cuestionamiento de la defensa resulta inadmisibile, cuando expresa que las estipulaciones probatorias demeritan la versión de Londoño Gómez.

3.2.2 Falso juicio de identidad por tergiversación

El demandante expresa que los juzgadores tergiversan la declaración de Diego Edinson Londoño Gómez, al tenerlo de testigo presencial cuando es de oídas.

3.2.2.1 Para demostrarlo reproduce la respuesta que el testigo entregó al fiscal, a la pregunta de qué le había dicho SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, persona a la que previamente señaló de haberlo contactado para su ingreso a la asociación criminal.

“Que a Guacamayo lo habían capturado y lo habían llevado pa’ los Estados Unidos y que dé, a raíz de eso, le habían matado los hermanos y que, pues estábamos en proceso de arrancar a recuperar todas las propiedades que les habían quitado, que no más él llegara de los Estados Unidos”²⁵.

3.2.2.2 Y confronta su literalidad con las siguientes partes de la sentencia:

“Acorde con la versión de DIEGO EDINSON las actividades delincuenciales a las que esa estructura estaba dedicada eran tráfico de estupefacientes, porte ilegal de armas, a tomar el control de las famosas líneas imaginarias, porque había otra

²⁵ Juicio oral, declaración 11 de junio de 2015, reg. 08:18 a 08:31 del DVD.

banda criminal en el municipio de Jamundí y de la recuperación de unos bienes que le habían quitado a “GUACAMAYO” cuando a él lo extraditaron, información que se verificó y efectivamente CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR lo extraditan en el año 2005 y cuando regresó quería recuperar los bienes, pero lo único que recuperó fue la finca La Gardelia”²⁶.

“Ahora, la circunstancia de que los señalamientos provengan de un exintegrante de dicha banda criminal -liderada por alias “GUACAMAYO”-. La cual, de una u otra manera, ha incurrido en el desenlace de dichas conductas delictivas, no descarta per se, su credibilidad”²⁷.

3.2.2.3 El casacionista lejos de acreditar la distorsión del testimonio, señala que el objetivo de la organización que SAMIR OLAYA SÁNCHEZ le comunicó a Londoño Gómez, lo hace testigo de oídas.

Este planteamiento equivocado, ignora la integración y pertenencia del citado testigo a la organización criminal de ROBAYO ESCOBAR, como también que tal objetivo se hizo realidad mediante la toma de posesión de La Gardelia, en la que, según lo dicho, permanecía el ala rural y fueron hallados los cadáveres de tres víctimas.

3.2.2.4 Por lo demás el desacierto es evidente. El ad quem en el párrafo transcrito pone de presente que Londoño

²⁶ Pág. 33 de la sentencia de primera instancia.

²⁷ Pág. 34 de la sentencia de segunda instancia.

Gómez fue integrante de la organización, una de las razones para creer en su declaración. De él, no puede derivarse las conclusiones que extrae el casacionista.

Y el a quo, no hace cosa distinta que aludir al objetivo perseguido por la asociación criminal. El testigo lo dijo en la parte de la declaración transcrita, que coincide con lo escuchado a él por el subintendente Guzmán Vargas en el interrogatorio de indiciado.

3.2.2.5 De manera que es inexistente la tergiversación de la declaración de Diego Edinson Londoño Gómez.

3.2.3 Falso juicio de existencia por suposición

3.2.3.1 Acusa al tribunal de suponer la prueba indiciaria. Esta en opinión del demandante debe ser aducida por la fiscalía en la alegación final, de modo que la defensa tenga la oportunidad de controvertirla.

Destacó la defensa que cuando los juzgadores hacen inferencias con base en hechos probados, priva a la defensa de la posibilidad de contradecirlas o controvertirlas. Al juez le compete hacer valoraciones sobre los indicios alegados en el juicio oral.

3.2.3.2 El indicio como medio de conocimiento es un proceso mental deductivo que permite tener como cierto un

hecho -indicado o inferido- a partir de otro -indicante- debidamente probado.

3.2.3.3 En relación con su carácter, se ha dicho que no es prueba autónoma. En este sentido, se considera acertada su no inclusión en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004 como medio de conocimiento, lo cual no significa su proscripción en la sistemática acusatoria.

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

En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico-jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas”²⁸.

3.2.3.4 A partir de su reconocimiento como prueba incompleta, resulta innegable que el hecho indicante debe

²⁸ CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468

probarse en el juicio oral. Solo así, el interviniente o el juez podrá inferir la existencia del hecho indicado y, por supuesto, la del indicio que surge de esa operación mental que corresponde a un proceso lógico deductivo.

3.2.3.5 Más allá de la consideración del casacionista, en el sentido de que la inferencia debe realizarla el fiscal y al juez le corresponde examinar su validez, es evidente que el tribunal incurrió en el error reprochado.

3.2.3.6 En efecto, sostuvo el tribunal

“Por último, aun cuando la bancada de la Defensa nada manifestó sobre el irrefutable suceso de que los señores WILLIAM ANDRÉS GUERRERO GIRALDO, alias “Tirapedo”, JUAN SEBASTIÁN y ANDRÉS FELIPE RIVAS RIASCOS, alias “Los Mellizos” -integrantes de dicha organización criminal-, por estos mismos hechos preacordaron con la Fiscalía por el delito de Concierto para delinquir con fines de homicidio -lo cual originó la ruptura de la unidad procesal con relación a ellos, debe señalarse que dicho indicio contribuye a consolidar los requisitos exigidos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal²⁹.

3.2.3.7 En el juicio oral, tal tema no fue objeto de prueba ni de controversia. Así las cosas, el tribunal supone el hecho indicante y, por tanto, el indicio es inexistente.

²⁹ Págs. 35, 36 de la sentencia del tribunal.

Por esa vía, desconoció el artículo 16 la Ley 906 de 2004, conforme con el cual en el juicio se estima como prueba la que ha sido producida o incorporada de manera pública, oral concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

3.2.3.8 Sin embargo, la prosperidad del error de hecho carece de relevancia en el sentido del fallo.

Como lo advirtiera la Sala al resolver similar reparo propuesto en la demanda de los hermanos OLAYA SÁNCHEZ, tal indicio es manifestación complementaria del tribunal al análisis probatorio del a quo, que por esta misma razón, no desvirtúa las conclusiones del fallo de primera instancia.

4. Demanda a nombre de CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA

4.1 Cargo primero. Nulidad.

4.1.1 Con sustento en la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, aduce la vulneración del principio de congruencia, dado que los juzgadores rompen la estructura y armonía lógico conceptual que debe existir en el curso del proceso, en tanto el juicio y el fallo deben corresponder a los lineamientos propuestos en la acusación.

Después de reproducir la sentencia del 8 de marzo de 2017, rad. 44599 y citar otras anteriores, expresa que en este

asunto no existe “*perfecta armonía*” en lo fáctico, ya que el escrito de acusación omite señalar cuál fue la participación del acusado en los delitos de homicidio de Talyna Paz Quesada, concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.

4.1.1.1 En general la congruencia demanda identidad de factum entre la sentencia con la acusación. El núcleo básico o esencial de la imputación fáctica, que comprende el supuesto de hecho subsumible en la conducta descrita por el legislador en los tipos penales, además de inmodificable debe estar suficientemente determinado, de modo que garantice la comprensión de los intervinientes y, en especial, el ejercicio de defensa en su doble connotación, como la controversia probatoria a desarrollarse en el juicio oral.

“Ahora, es oportuno puntualizar que la imputación fáctica alude al conjunto de circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como a situaciones de cantidad, cualidad, cuantía, móviles y causas, bajo las cuales se produjeron los hechos que serán sometidos a juzgamiento, las cuales deben estar suficientemente determinadas en la acusación, con el propósito de asegurar su plena comprensión a los sujetos procesales y, en particular, de la defensa técnica y material, a fin de garantizar la posibilidad de su controversia en desarrollo de la fase del juicio”³⁰.

³⁰ CSJ SP, 24 oct. 2012, rad. 33714.

Así mismo, la Sala ha dicho:

“Empero, el que se rotule de inamovible el apartado fáctico de la acusación no significa, como lo entiende el demandante, que deba existir una absoluta consonancia entre las circunstancias despejadas por el Fiscal, incluido el análisis probatorio particularmente realizado por él, con lo que el fallo consigna, pues, un tal unanimismo se antoja por esencia absurdo si en cuenta se tiene, entre otros aspectos, que la dinámica misma del proceso penal y la reconstrucción que allí se hace de una verdad histórica a partir de niveles de conocimiento progresivo, implica ir construyendo ese supuesto de hecho hasta la definición final contenida en el fallo”³¹.

4.1.1.2 Bajo tales circunstancias el aspecto fáctico contenido en la acusación, delimitado por los hechos jurídicamente relevantes, es el que el juez debe tener en cuenta al momento de dictar la sentencia.

“Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora”³².

4.1.1.3 En este sentido es preciso indicar que el problema planteado por el casacionista no es de congruencia

³¹ CSJ AP, 9 jul. 2014, rad. 43557.

³² CSJ SP, 25 abr. 2007, rad. 26309.

sino de un defecto que acompaña al escrito de acusación, en tanto en la relación de los integrantes de la banda liderada por alias “Guacamayo” no aparece RUIZ ZAMORA.

4.1.1.4 Como el reparo está referido únicamente a la omisión de su nombre en la relación de los integrantes y no a su falta de mención en el escrito de acusación y en los hechos jurídicamente relevantes contemplados en él, toda vez que la acusación reseña las actividades ilegales del grupo criminal y al particularizar los actos por los cuales debe responder el acusado lo individualiza y cita expresamente, no tiene el alcance invalidante que le atribuye el recurrente.

En efecto, la fiscalía refiere que *“desde principios de 2012”, “los integrantes de esta organización recibieron órdenes directas de alias GUACAMAYO y alias YEPES para que ejecutaran a tres personas, las cuales fueron llevadas mediante engaños y asesinadas inhumándolas en fosas clandestinas ubicadas dentro del predio la GARDENIA (sic)... la muerte de dos personas que fueron llevadas en un vehículo hasta la finca la GARDELIA, y después los asesinaron, sacándolos en la misma camioneta que fueron conducidos hasta este predio y posteriormente fueron dejados sobre la vía que conduce de Jamundí a Aguachinte o Villa Paz... homicidio de una persona de nombre ROGELIO, exconcejal del municipio de Jamundí”* ³³.

Luego cita los nombres de las personas ejecutadas, la causa de su muerte por disparos de arma de fuego, el centro de actividades del grupo criminal ubicado en el municipio de Jamundí, los miembros que lo conformaban, sus cabecillas,

³³ Escrito de acusación, 27 de septiembre de 2013.

los alias y el rol desempeñado por cada uno de sus integrantes.

A partir de tales precisiones acusa a RUIZ ZAMORA del homicidio de Talyna Paz Quesada en calidad de coautor impropio; de concierto para delinquir con fines de homicidio en condición de autor; y de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo y personal en la modalidad de portar, a título de coautoría impropia.

4.1.1.5 Tales circunstancias conocidas por la defensa permitían la plena comprensión de los hechos por los cuales RUIZ ZAMORA era acusado, de ahí que en la audiencia preparatoria las pruebas y el juicio de pertinencia, estuvieran correlacionados con los hechos jurídicamente relevantes y posibilitaran su controversia en el juicio oral.

Esto es, el escrito de acusación a pesar de la omisión observada, constituyó el eje del debate probatorio y cumplió la finalidad para la cual está prevista, en tanto resulta congruente con la alegación final del fiscal y la sentencia, toda vez que esta respeta el aspecto fáctico y jurídico definidos en él.

4.1.1.6 En este sentido la irregularidad alegada resulta intrascendente, en la medida que el defensor de RUIZ ZAMORA en la forma en que los hechos jurídicamente relevantes fueron presentados en el escrito de acusación, tuvo la posibilidad de solicitar pruebas, así lo hizo, trazar la

estrategia defensiva en el juicio oral y presentar la alegación final acorde con los intereses de su patrocinado.

4.1.1.7 Desconoce el recurrente que al acusado no se le condenó como autor material del homicidio de Talyna Paz, de modo que la crítica a la sentencia es desafortunada; en tanto no señala las *“hipótesis plausibles”* de las que fue privada la defensa, ni las circunstancias fácticas nuevas que no hacían parte de la acusación.

4.1.1.8 La manifestación del fiscal acerca de haberse acreditado la identidad e individualización de los acusados, entre ella las de RUIZ ZAMORA, invocada por el recurrente como un hecho nuevo, es un aspecto ajeno a la censura planteada y que además en ningún escenario fue puesta en duda, toda vez que en el escrito de acusación aparece mencionado por su nombre con el alias y la cédula de ciudadanía que lo identifica.

La falta de prueba sobre la participación del acusado, que es lo realmente propuesto por la defensa, a partir de lo declarado por Juan Carlos Aponte Devia, no tiene nada que ver con el principio de congruencia.

Como tampoco la tiene la aseveración del fiscal, de acuerdo con la cual, el testimonio de Diego Edinson Londoño Gómez demuestra que el acusado conocía la finalidad por la cual Talyna Paz fue llevada por él a la finca La Gardelia.

El cargo no prospera.

4.2 Violación indirecta de la ley sustancial

4.2.1 Con sustento en la causal 3^a del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, denuncia la existencia de un error de hecho por falso raciocinio en la apreciación del testimonio de Diego Edinson Londoño Gómez, toda vez que el tribunal desconoció las reglas de la sana crítica.

4.2.1.1 Luego de reproducir en la censura partes de la declaración del citado testigo, el demandante afirma que éste es de oídas, testificó por interés económico y motivado por el principio de oportunidad, circunstancias que inciden en su credibilidad. Añade que su versión carece de espontaneidad e imparcialidad.

4.2.1.2 El artículo 404 de la Ley 906 de 2004, señala que al apreciar el testimonio, el juez debe tener en cuenta *“los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”*.

4.2.1.3 En principio es pertinente señalar que el allanamiento a cargos o preacuerdo con la fiscalía y el principio de oportunidad, como instrumentos legales de

política criminal no menguan el valor probatorio del testimonio de quien se acoge a él, ni pueden, por sí solos, constituir motivo de sospecha o duda sobre su veracidad, toda vez que esta depende de los múltiples criterios que rigen su apreciación bajo el sistema de sana crítica o persuasión racional.

4.2.1.4 Ahora bien, el casacionista califica a Diego Edinson Londoño Gómez de testigo de oídas, a partir de un supuesto equivocado.

En efecto, no tiene en cuenta que aquel era integrante de la banda criminal liderada por alias “*Guacamayo*”, y que debido al rol, encargado de la parte rural, tenía conocimiento de lo acontecido en la finca La Gardelia, predio en el que se llevaron a cabo ejecuciones de personas, respecto de las cuales, tuvo conocimiento en calidad de copartícipe.

4.2.1.5 En esta condición, tratándose de un grupo al margen de la ley cuyos integrantes cumplen diversos roles, exigir como lo pretende el recurrente que el delator haya percibido directamente las tareas ejecutadas por otros implicados, es desconocer la existencia de convenios expresos o tácitos previamente asumidos y la naturaleza de la coautoría impropia, en la que los partícipes intervienen en las acciones encomendadas, las que integradas, completan la conducta criminal.

4.2.1.6 De ahí que Londoño Gómez relate que RUÍZ ZAMORA y Jhon Jairo Montaña Godoy, miembros de la organización ilegal, fueron quienes llevaron a la finca la Gardelia a Talyna Paz Quesada, no con propósito loable sino para que fuera ejecutada por las reservas sobre la mujer, novia del conductor de alias “Yepes”, de que entregara a este a las autoridades.

Era obvio que por el destino del predio, base del ala rural de la organización y lugar de ejecuciones, el acusado como lo razonó el tribunal, tuviera conocimiento que la mujer había sido llevada allí para matarla, a quien le pidió decir la verdad e intercedió por ella sin éxito alguno, por lo cual se negó a ejecutarla como lo ordenaba alias “Yepes”.

Y aun cuando Londoño Gómez no estuvo presente cuando tal hecho ocurrió, como integrante de la organización señaló y vio a RUIZ ZAMORA cuando la condujo a ese lugar, constatando al regresar horas después la muerte de la joven, de ahí que el aporte hecho por este lo hace coautor impropio de dicho homicidio.

4.2.1.7 En relación con el interés económico del testigo, es pertinente reiterar que la credibilidad de su testimonio no depende exclusivamente de él, en tanto el juez al apreciarlo está impelido a ponderar los criterios legales establecidos y desde la sana crítica, determinar su mérito suasorio.

Londoño Gómez no ocultó el ofrecimiento económico para dar captura a alias “*Guacamayo*”, pero si ese fuera el único motivo para declarar, no lo habría hecho como lo hizo, toda vez que a pesar de colaborar con las autoridades desde el año de 2013, para la fecha de su declaración, 11 de junio de 2015, aún no había recibido compensación alguna.

En este sentido, decae la afirmación del libelista que lejos de proponer un error de intelección sobre la prueba, discrepa en torno al mérito que los jueces le otorgaron.

4.2.1.8 El principio de oportunidad reglado en la Ley 906 de 2004 como mecanismo de política criminal, tampoco es motivo de descrédito de la prueba testimonial. Incluso, la misma ley permite que el imputado o acusado sirva de testigo contra los demás coacusados³⁴.

La delación de los compañeros de actividad criminal, repudiable por algunos, puede obedecer a múltiples razones, entre ellas, la de no ser sujeto de la acción penal. Este interés personal, corresponde conjugarlo con lo percibido por el testigo y lo corroborado con otros medios de prueba, que permitan al tamiz de la sana crítica establecer que lo dicho es verdad.

4.2.1.9 Sin embargo, el recurrente para demeritar la declaración de Diego Edinson Londoño Gómez, acude a un supuesto que carece de comprobación.

³⁴ Ley 906 de 2004, artículo 324, numeral 5.

En efecto, no hay prueba de que la fiscalía le haya ofrecido u otorgado el principio de oportunidad. Esto es, tal hecho no está establecido. Al juicio no se allegó documento alguno relacionado con ese tema y el investigador Jairo Guzmán Vargas, se limitó a señalar que el testigo quería el mismo, pero no tenía conocimiento si la fiscalía se lo había otorgado o no.

Bajo tales presupuestos, el alegato del recurrente no es más que una hipótesis sobre un hecho que demeritaría la declaración de Londoño Gómez, que por sí misma resulta inadmisibles para restar mérito suasorio por inexistente.

5. Casación oficiosa.

5.1 En uso de la facultad oficiosa, la Sala en orden a preservar las garantías y derechos fundamentales casará parcialmente la sentencia y readecuará la pena impuesta a Carlos Andrés Valencia Ararat, alias "*El tigre*", *no recurrente*, condenado por el homicidio de **Edinson Chaparro Granada**, cuyo cargo jamás le fue imputado ni hace parte de la acusación.

5.1.1 En la audiencia de formulación de la imputación, la fiscalía le imputó a Valencia Ararat los delitos de homicidio agravado en Talyna Paz Quesada y Juan Carlos Valencia Peña, en concurso con tortura, concierto para cometer homicidios,

porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y acceso carnal violento agravado³⁵

5.1.2 En el escrito de acusación radicado el 27 de septiembre de 2013, la fiscalía finalmente acusó a Valencia Ararat, alias “El Tigre”, de los delitos de homicidio agravado de Talyna Paz Quesada y **Juan Carlos Valencia Peña**; autor de concierto para delinquir agravado; y coautor de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; y, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, ambos en la modalidad de portar, el cual no fue objeto de observación alguna en la audiencia de formulación de acusación.

5.2 A pesar de ello, la fiscalía en la alegación final pidió la condena de dicho acusado por delito respecto del cual no había sido acusado, solicitud acogida por el juez de primera instancia y confirmada por el tribunal.

5.2.1 En el juicio oral, el representante del órgano de la acusación sostuvo que Valencia Ararat *“fue el encargado de abrir el hueco o fosa donde sería enterrado el señor **Edinson Chaparro Granada** y que una vez fuera ultimado este señor, el mismo Carlos Andrés Valencia Ararat fue el encargado de enterrarlo, o sea que cumplió doble trabajo, abrió el hueco y lo enterró”* por lo tanto pidió su condena por ese homicidio³⁶.

³⁵ 19 de junio de 2013, 02:42:11 a 02:51:50 del registro de audio.

³⁶ Alegación final, febrero 21 de 2017, 01:03:26 a 01:07:57 del registro audiovisual.

5.2.2 En el fallo de primera instancia, el a quo acogió la petición del fiscal, señalando que *“también será sentenciado CARLOS ANDRÉS VALENCIA ARARAT, alias “El Tigre” por el homicidio de **Edinson Chaparro Granada.**”*, toda vez que este fue *“quien realizó el hueco donde también lo sepultó”*³⁷, (negrilla fuera de texto).

5.2.3 Adicionalmente, no obstante que Valencia Ararat había sido acusado del homicidio de Valencia Peña, según el escrito de acusación referido, señaló que *“contrariamente en punto de este homicidio (Juan Carlos Valencia Peña) se tiene que el testigo LONDOÑO GÓMEZ hizo señalamientos directos en contra de los señores DAYRON STIVEN ZAPATA ARISTIZABAL (sic), alias “Chuky o Castor” CARLOS ANDRÉS VALENCIA ARARAT, alias “El Tigre” y SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, alias “El mono, El rojo o Pecos” como presuntos partícipes de la misma, quienes no aparecen imputados ni acusados por esta conducta, razón por la cual el estrado dispone desde ya la compulsas de copias para que esa conducta se investigue”*³⁸.

5.2.4 En consonancia con la solicitud del fiscal y lo dicho en la motivación del fallo, el juez de primera instancia en el numeral segundo de la parte resolutive condenó a VALENCIA ARARAT en calidad de *“coautor impropio de Homicidio Agravado en concurso homogéneo de dos (2) homicidios siendo víctimas Edinson Chaparro Granada y Talya Paz Quesada”*³⁹ y en el décimo ordenó cumplir lo dispuesto en el numeral 12.4, esto es, expedir copias para investigar, entre otros, a VALENCIA ARARAT por el homicidio de Juan Carlos Valencia Peña⁴⁰.

³⁷ Sentencia 1º de septiembre de 2017, folio 59.

³⁸ Sentencia 1º de septiembre de 2017, folio 61.

³⁹ Folio 71 de la sentencia.

⁴⁰ Folio 70 de la sentencia.

5.3 Como quiera que el tribunal no advirtió el error del a quo, pese al evidente hecho de que a Valencia Ararat no se le había imputado ni acusado del delito de homicidio en la persona de Edinson Chaparro Granada, resulta pertinente su corrección oficiosa por violación del debido proceso, en tanto su condena por él vulnera el derecho de defensa y desconoce los principios acusatorios y de congruencia reglados en la Ley 906 de 2004.

El juez no podía emitir sentencia, así lo hubiera solicitado el fiscal, por una conducta que en ningún momento le atribuyó al acusado.

5.4 En consecuencia, la Sala procederá a dejar la sentencia sin efecto respecto de dicha condena y adecuará la pena impuesta a Valencia Ararat, disminuyéndola en el monto en el que fue incrementada en razón del concurso homogéneo de homicidio deducido en razón de dicha irregularidad, esto es, *“en 36 MESES DE PRISIÓN más por el otro homicidio”*⁴¹, fijándola en cuatrocientos treinta y ocho (438) meses de prisión en vez de los cuatrocientos setenta y cuatro (474) impuestos por el juez de primera instancia.

6. Ruptura de la unidad procesal

6.1 La Sala advierte que los recurrentes y no recurrentes fueron acusados también del delito de

⁴¹ Folio 67 de la sentencia.

fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado en la modalidad de portar, descrito en el artículo 366 del Código Penal en concordancia con el 365 inciso 3° numerales 5 y 7 de la misma obra, respecto del cual los jueces de instancia no hicieron pronunciamiento alguno.

6.1.2 En efecto SAMIR y FERNANDO OLAYA SANCHEZ, CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR, CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA, Carlos Andrés Valencia Ararat, Dayron Stiven Aristizábal Zapata y Adolfo Cárdenas García fueron acusados por la fiscalía de dicho punible, como consta en los escritos de acusación⁴².

6.1.3 Los apoderados de los acusados ni los demás intervinientes hicieron observación a los escritos de acusación en las audiencias de formulación de la misma, de modo que la acusación no fue objeto de aclaración ni de modificación alguna.

6.1.4 En la presentación de la teoría del caso, la fiscalía en la audiencia del juicio oral manifestó que probaría la responsabilidad penal de los acusados en los delitos por los que les había formulado acusación, citando entre ellos, el de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso

⁴² 27 de septiembre de 2013, folios 21 a 66 de la carpeta 1; y 19 de junio de 2014, folios 25 a 39 de la carpeta del proceso conexo.

restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado en la modalidad de portar⁴³.

6.1.5 Y aun cuando la fiscalía en su alegación final únicamente hizo alusión al delito de porte de armas de fuego de defensa personal⁴⁴, los fallos no adoptaron determinación alguna en relación con el punible de porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

6.1.5.1 En consecuencia, la omisión de los juzgadores de instancia al no pronunciarse sobre tal punible, constituye lo que la Sala denomina “*incongruencia por defecto*”, la cual ha de ser corregida disponiendo la ruptura de la unidad procesal, para que el juzgado de primera instancia haga el pronunciamiento que en derecho corresponda.

Se procura preservar el debido proceso al permitir a la parte que le causa agravio, el derecho a impugnar la decisión judicial y a acudir incluso a la casación.

“De ninguna manera el remedio que propone como solución, a través del cual busca, pretextando la realización de la justicia material, que la Corte complete la sentencia para impedir la prescripción de la acción penal de la falsedad en documento privado, aunque a costa del debido proceso.

Desde luego no se atenderá la sugerencia. Simplemente porque enmendar un error con otro, constituiría un despropósito.

⁴³ Audiencia 5 may. 2015, reg. min. 07:51 a 26:51 del audio del cd.

⁴⁴ Febrero 21 de 2017, 44:45 a 01:19:47 del registro audio visual.

La corrección de la falencia, en concordancia con el criterio jurisprudencial de la Sala asumido desde hace varios años, se logra en el caso concreto disponiendo la ruptura de la unidad procesal para que en las copias del expediente el Juzgado de primera instancia profiera el fallo referido al atentado contra la fe pública.

De tal forma, quedando a salvo la sentencia recurrida por haberse dictado con respeto de las formas propias del juicio, se brinda a los sujetos procesales, conforme lo impone el debido proceso, la posibilidad de controvertir el nuevo pronunciamiento a través de los recursos de apelación y casación⁴⁵.

6.1.5.2 La Sala ha considerado que tal criterio desarrollado en vigencia de la Ley 600 de 2000, igualmente tiene aplicación para los procesos adelantados bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004.

“Entonces, para la corrección de la irregularidad advertida, se acudirá a la ruptura de la unidad procesal y se expedirán copias de la carpeta y los registros que contienen la actuación, para que por separado el juzgado de primera instancia profiera el fallo referido al concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

Este criterio ya fue aplicado por la jurisprudencia de la Sala en eventos similares al que ahora ocupa su atención, en trámites regidos por la Ley 600 de 2000, razonamientos que guardan coherencia conceptual y normativa con las disposiciones

⁴⁵ CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32189

propias del sistema regido por la Ley 906 de 2004, el que aquí se reitera⁴⁶.

6.1.6 Conforme con lo anterior, la Sala dispondrá que el Tribunal Superior ordene la expedición de copia de los registros y de la carpeta pertinente, para que el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Cali proceda a pronunciarse en relación con el delito contra la seguridad pública arriba señalado.

6.2 No se dispone la expedición de copias respecto del acusado Jhon Jairo Montaña Godoy, alias “Perra”, debido a que en la alegación final el fiscal pidió su condena por el porte de armas de defensa personal agravado, entendiéndose que con dicha solicitud degradó la conducta por la que fue acusado, porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, al indicar que la misma procedía por aquel delito, toda vez que, según la necropsia, los proyectiles recuperados no pertenecían a armas de largo alcance⁴⁷.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

⁴⁶ CSJ SP, 4 nov. 2020, rad. 54372. Ver también AP, 4 ago. 2021, rad. 59709.

⁴⁷ Febrero 21 de 2017, 01:01:29 a 01:03:03 del registro audio visual.

R E S U E L V E

1. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia del 1° de marzo de 2019 del Tribunal Superior de Cali, para revocar la condena de Carlos Andrés Valencia Ararat, alias “Esnar”, por el homicidio de Edinson Chaparro Granada y fijarle como pena cuatrocientos treinta y ocho (438) meses de prisión por los demás delitos objeto de la condena.

2. No Casar el fallo del 1° de marzo de 2019 del Tribunal Superior de Cali, mediante el cual confirma la condena impuesta a SAMIR OLAYA SÁNCHEZ, FERNANDO OLAYA SÁNCHEZ, CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR y CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA el 1° de septiembre de 2017 por el Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, por los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir con fines de homicidio y porte de armas de fuego de defensa personal.

3. Disponer la ruptura de la unidad procesal y ordenar la expedición de copias de la actuación, sobre las cuales el Juzgado 1ª Penal del Circuito Especializado de Cali deberá pronunciarse respecto del delito fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado en la modalidad de portar, por el cual fueron acusados SAMIR y FERNANDO OLAYA SANCHEZ, CARLOS JOSÉ ROBAYO ESCOBAR, CARLOS ANDRÉS RUIZ ZAMORA, Carlos Andrés Valencia Ararat, Dayron Stiven Aristizábal Zapata y Adolfo Cárdenas

Casación 55605
CUI 76001600019320120739601
Samir Olaya Sánchez
Fernando Olaya Sánchez
Carlos José Robayo Escobar
Carlos Andrés Ruíz Zamora

García, conforme las consideraciones de la anterior motivación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.



FABIO OSPITIA GARZÓN 22



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

IMPEDIDO
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

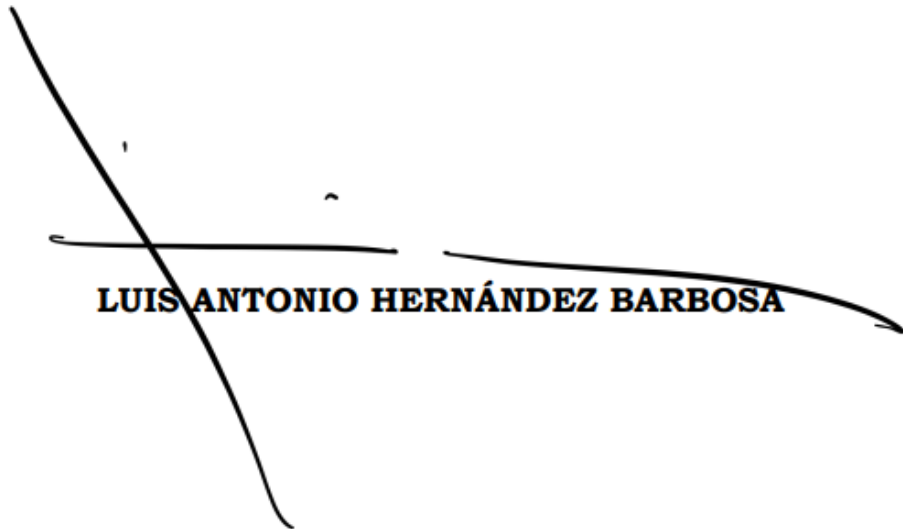
Casación 55605
CUI 76001600019320120739601
Samir Olaya Sánchez
Fernando Olaya Sánchez
Carlos José Robayo Escobar
Carlos Andrés Ruíz Zamora



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

Casación 55605
CUI 76001600019320120739601
Samir Olaya Sánchez
Fernando Olaya Sánchez
Carlos José Robayo Escobar
Carlos Andrés Ruíz Zamora

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2022