

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP3831-2019

Radicación 47671

Aprobado acta número 239

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación que presentó el abogado de FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en la cual confirmó la emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, que (entre otras decisiones) condenó al procesado a cincuenta y ocho (58) años y cuatro (4) meses de prisión, así como a 5.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, tras declararlo responsable por las conductas punibles de *homicidio agravado, concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.*

I. SITUACIÓN FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1. Según la imputación de cargos, FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ, JHON JAIRO JÁCOME PABA, FABIÁN ORLANDO

Handwritten signature

CARRASCAL LEÓN y CIRO LOBO CARRASCAL pertenecieron durante el periodo 2010-2011 a Los Rastrojos, una banda criminal que operaba en Ocaña (Norte de Santander) y en sus alrededores, dedicada a actividades de narcotráfico, extorsión e incluso homicidios realizados con armas de fuego de las que ninguno de ellos tenía autorización legal para llevarlas.

De acuerdo con tal relato, FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ era el comandante de las finanzas, JHON JAIRO JÁCOME PABA era un mando militar, FABIÁN ORLANDO CARRASCAL LEÓN era un patrullero encargado de ejecutar las órdenes de los dos (2) anteriores y CIRO LOBO CARRASCAL aportaba dinero para la compra de municiones, así como para la base de coca.

Adicionalmente, FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ habría ordenado los asesinatos de José Humberto Cárdenas Soto y Jorge Luis Montoya Amaya el 4 y 6 de agosto de 2011, en los barrios Simón Bolívar y El Carmen de Ocaña. En ambas oportunidades, César de la Cruz Rodríguez López actuó como sicario, o bien como acompañante para asegurar la huida. Las muertes se lograron acercándose a las víctimas indefensas y disparándoles con armas de fuego.

2. El 12 de septiembre de 2012, la Fiscalía General de la Nación les imputó a FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ, JHON JAIRO JÁCOME PABA, FABIÁN ORLANDO CARRASCAL LEÓN y Éber Ramírez Pacheco las conductas punibles de *concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, según lo previsto en los artículos 340, incisos 2º y 3º, y 365 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con las modificaciones de

Aréniz

los artículos 14 de la Ley 890 de 2004 y 38 de la Ley 1142 de 2007, respectivamente.

A FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ, igualmente, le imputó dos (2) *homicidios agravados* de que trata el artículo 104 numeral 7 ("*situación de indefensión o inferioridad*") de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por los asesinatos de José Humberto Cárdenas Soto y Jorge Luis Montoya Amaya en las circunstancias indicadas.

A CIRO LOBO CARRASCAL, por su parte, le atribuyó el 24 de septiembre de 2012 la conducta punible de *concierto para delinquir agravado* (en la variante de financiamiento) señalada en el artículo 340 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como ninguno aceptó cargos, CIRO LOBO CARRASCAL fue acusado por tal conducta el 27 de febrero de 2013; y FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ, JHON JAIRO JÁCOME PABA, FABIÁN ORLANDO CARRASCAL LEÓN y Éber Ramírez Pacheco fueron acusados por los respectivos delitos imputados el 23 de abril de 2013. La fiscal delegada, sin embargo, *no atribuyó los hechos* que constituirían la realización de cada *homicidio agravado* a FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ.

En dicha diligencia, se declaró la conexidad, así como la unidad procesal, respecto de ambas actuaciones.

3. El juicio lo llevó a cabo el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cúcuta, despacho que en fallo de 4 de junio de 2015 adoptó las siguientes decisiones:

3


(i) Absolver a Éber Ramírez Pacheco por los cargos que le fueron atribuidos en la acusación.

(ii) Condenar a FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ, por los delitos de *homicidio agravado, concierto para delinquir agravado* (incisos 2° y 3°) y *tráfico, porte o tenencia de armas de fuego*, a cincuenta y ocho (58) años y cuatro (4) meses de prisión, así como a veinte (20) años de inhabilidad para ejercer cargos y funciones públicas, y 5.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

(iii) Condenar a JHON JAIRO JÁCOME PABA, por los delitos de *concierto para delinquir agravado* (incisos 2° y 3°) y *tráfico, porte o tenencia de armas de fuego*, a once (11) años de prisión e inhabilitación, y 5.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

(iv) Condenar a FABIÁN ORLANDO CARRASCAL LEÓN, por *concierto para delinquir agravado* (inciso 2°) y *tráfico, porte o tenencia de armas de fuego*, a diez (10) años de prisión e inhabilitación, y 2.700 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

(v) Condenar a CIRO LOBO CARRASCAL, por *concierto para delinquir agravado*, a ocho (8) años de prisión e inhabilitación, y 2.700 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

Y (vi) negarles a los sentenciados cualquier mecanismo sustituto de la pena privativa de la libertad.

4. Apelado el fallo por los defensores de los procesados,

4
R. Aréniz

el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 10 de diciembre de 2015, lo confirmó en los aspectos contemplados por los recurrentes, relacionados con el respeto al derecho de defensa y la prueba de la responsabilidad penal.

5. Contra la decisión de segunda instancia, el abogado de FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ interpuso, a la vez que sustentó, el recurso extraordinario de casación.

La Corte declaró ajustada a derecho la demanda el 6 de abril de 2016 y practicó la audiencia de sustentación el 12 de julio siguiente.

II. LA DEMANDA

1. Propuso el recurrente tres (3) cargos, uno principal y los demás subsidiarios. El primero, al amparo de la causal segunda de casación (“[d]esconocimiento del debido proceso”), por nulidad. El siguiente, con apoyo en la primera (“[f]alta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma [...] llamada a regular el caso”), por violación directa de la ley sustancial. Y el último, basado en la tercera (“manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba”), por la vía indirecta. Los sustentó así:

1.1. *Violación del derecho de defensa.* En la acusación, la Fiscalía no presentó una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes. No concretó la conducta que realizó el procesado frente a los homicidios de José Humberto Cárdenas Soto y Jorge Luis Montoya Amaya. Tampoco precisó la categoría y clase de indefensión en que se cometieron tales

5
R. Aréniz

delitos. Los nombres de las víctimas ni siquiera se anotaron en el pliego de cargos y, aunque estos fueron añadidos en la audiencia de formulación de acusación, no hubo concreción en cuanto al específico actuar del acusado. Solo en los fallos se supo cuáles eran los hechos jurídicamente relevantes.

1.2. *Falta de aplicación del artículo 31 del Código Penal.*

El juez partió de una pena de treinta y tres (33) años y cuatro (4) meses por el delito de *homicidio*, a lo que anunció sumarle dos (2) años por el delito de *concierto para delinquir agravado* y otros dos (2) por el de *fabricación o porte de armas de fuego*. Sin embargo, condenó al procesado a cincuenta y ocho (58) años y cuatro (4) meses de prisión.

1.3. *Error de hecho por falso raciocinio.* Las instancias no creyeron en las retractaciones presentadas por el testigo de cargo César de la Cruz Rodríguez López. Condenaron sobre la base de sus declaraciones previas que fueron incorporadas al juicio. El Tribunal ignoró «*los principios técnicos científicos para valorar la percepción y la naturaleza del objeto percibido por el testigo*»¹. Por ejemplo, la prueba técnica indicó que el homicidio de José Humberto Cárdenas Soto se realizó con balas de calibre .80, mientras que el testigo adujo que usó una pistola de 9 milímetros. También dijo que le propinó cuatro (4) disparos cuando la autopsia tan solo se refiere a dos (2). En cuanto a la muerte de Jorge Luis Montoya Amaya, el testigo afirmó que hubo cinco (5) impactos pero la autopsia tan solo encontró cuatro (4). La prueba valorada en conjunto, además, sugiere que no fue FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ,

¹ Folio 96 del cuaderno del Tribunal.

Aréniz

sino otra persona, la que ordenó los asesinatos.

2. En consecuencia, solicitó a la Sala, en relación con el primer cargo, decretar la nulidad a partir de la audiencia de formulación de la acusación y ordenar la libertad inmediata del procesado. En cuanto al segundo reproche, pidió casar la sentencia impugnada para disminuir la pena contra FREDDY GREGORIO BAYONA a treinta y siete (37) años y cuatro (4) meses de prisión. Y, frente al tercer cargo, solicitó casar el fallo del Tribunal para absolver al acusado.

III. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El demandante reiteró los argumentos expuestos en su escrito.

2. La Fiscal Delegada ante la Corte solicitó casar el fallo impugnado en razón del primer reproche. Sostuvo al respecto que se violó el principio de congruencia entre la acusación y el fallo. En la respectiva formulación, no se describieron los hechos jurídicamente relevantes de los homicidios. Tampoco hubo alusión a circunstancias fácticas que soporten la causal de agravación. Concluyó, entonces, que no se pudo ejercer el derecho de defensa. Por lo tanto, solicitó a la Corte decretar la nulidad a partir de la audiencia correspondiente.

3. El representante del Ministerio Público solicitó casar el fallo impugnado por el segundo reproche y no casarlo frente al resto. En relación con el primer cargo, adujo que durante la acusación se le informó a la defensa acerca de las víctimas de los homicidios, así como de la agravante, de modo que pudo

ejercer el derecho de contradicción en la etapa del juicio y, por lo tanto, cualquier imprecisión al respecto no fue relevante.

IV. CONSIDERACIONES

1. Precisiones iniciales y problema jurídico

1.1. La Sala no entrará a resolver los cargos segundo y tercero que planteó el recurrente, por sustracción de materia, en tanto todos los reproches están relacionados con los delitos de *homicidio agravado*, o bien con la respectiva imposición de la pena, y es el primero principal el único llamado a prosperar, sin que en este caso deba imperar la absolucón.

El problema jurídico en el primer cargo no fue explicado con rigor por parte del demandante. Tras revisar la carpeta, la Sala advierte que obedece a esta específica situación:

(1) En la audiencia de formulación de imputación, tanto a FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ como al resto de los procesados se les atribuyeron las circunstancias de hecho por las cuales terminaron siendo condenados por las instancias, incluidas (en el caso de BAYONA ARÉNIZ) las constitutivas de los delitos de homicidio agravado.

En efecto, en dicha diligencia (de fecha 12 de septiembre de 2012), además de las imputaciones fácticas y jurídicas por *concierto para delinquir y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, al acusado le formularon hechos jurídicamente relevantes suficientes por dos (2) conductas contra la vida de José Humberto Cárdenas

Soto y Jorge Luis Montoya Amaya.

No es que dicha actuación haya sido un modelo de pieza procesal. Por el contrario, el fiscal delegado incurrió en varios de los defectos enunciados por la Sala en el fallo CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007: *(a)* extendió de manera injustificada la duración de la audiencia (la imputación duró alrededor de una -1- hora)², *(b)* confundió hechos jurídicamente relevantes con medios de prueba y hechos indicadores³, y *(c)* realizó el llamado “juicio de imputación” en desarrollo de la audiencia⁴.

Sin embargo, el delegado de la Fiscalía, en últimas, logró expresar los referentes fácticos relacionados con el contenido normativo que a la postre enunció (un doble homicidio en los que las víctimas se hallaban en estado de inferioridad).

Así, el fiscal aludió a un «primer homicidio»⁵, el de José Humberto Cárdenas Soto (o alias Quilla), que ocurrió el 4 de agosto de 2011, en el barrio Simón Bolívar de Ocaña⁶. Dicha muerte, en palabras del instructor, «fue ordenada»⁷ por alias

² CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007: «la diligencia de imputación debe ser esencialmente corta, pues se limita a la identificación de los imputados, la relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes y a la información acerca de la posibilidad de allanarse a los cargos».

³ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007: «Además de la identificación de los investigados, la imputación solo debe contener la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes». Lo anterior, pese a que «a lo largo de los años en diversos escenarios judiciales se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación».

⁴ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007: «La Fiscalía no puede realizar el “juicio de imputación” en desarrollo de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes de la Ley 906 de 2004».

⁵ Archivo de audio 54498610611320128033100_540014004009_01_02, 32’53”.

⁶ Archivo de audio 54498610611320128033100_540014004009_01_02, 34’ y ss.

⁷ Archivo de audio 54498610611320128033100_540014004009_01_02, 42’57”.

9
Fiscalía

Freddy Cucho', es decir, por FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ⁸.

El segundo «acto de sangre»⁹, siguiendo con el relato de la Fiscalía durante la imputación, fue el asesinato de Jorge Luis Montoya Amaya, presentado el 6 de agosto de 2011 en el barrio El Carmen de Ocaña¹⁰. El fiscal también indicó que este crimen se debió a la orden de FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ («esto [el asesinato] guarda relación con la versión que nos suministró César de la Cruz Rodríguez López cuando manifiesta que 'Freddy Cucho' le ordenó el homicidio en la modalidad de sicariato de esta persona»¹¹).

Y, frente a la circunstancia de agravación («situación de indefensión o inferioridad», artículo 104 numeral 7 de la Ley 599 de 2000), el delegado dijo que los sujetos pasivos «fueron sorprendidos inermes: mientras ellos estaban desarmados los asesinatos ocurrieron con armas»¹².

Hubo entonces una exposición de hechos jurídicamente relevantes suficiente en relación con los delitos de *homicidio agravado* durante la audiencia de formulación de imputación. A FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ allí se le atribuyó el

⁸ Archivo de audio 54498610611320128033100_540014004009_01_02, 42'57". Las palabras exactas del delegado de la Fiscalía fueron: «esa muerte fue ordenada por alias Quilla». Esto último, evidentemente, se trató de un error. La víctima, también conocida como alias Quilla, no pudo haber ordenado su propia muerte. Del contexto de lo dicho por el fiscal (y, sobre todo, de la lectura de la declaración del sicario César de la Cruz Rodríguez López, que prácticamente leyó), se advierte que lo que quiso decir era que la orden provino de alias 'Freddy Cucho', es decir, del aquí procesado.

⁹ Archivo de audio 54498610611320128033100_540014004009_01_02, 32'53".

¹⁰ Archivo de audio 54498610611320128033100_540014004009_01_02, 45'12".

¹¹ Archivo de audio 54498610611320128033100_540014004009_01_02, 50'45".

¹² Archivo de audio 54498610611320128033100_540014004009_01_02, 56'39" y ss.

haber ordenado los asesinatos de José Humberto Cárdenas Soto y Jorge Luis Montoya Amaya el 4 y 6 de agosto de 2011, en los barrios Simón Bolívar y El Carmen de Ocaña, y, en cada uno de estos crímenes, las víctimas estaban en inferioridad de condiciones: quedaron a merced (sin protección alguna) de los hombres armados que los ejecutaron.

Como se verá más adelante (1.1 *iii*), esta situación fáctica correspondió al final con los hechos que declararon probados las instancias.

(ii) En la audiencia de formulación de la acusación, sin embargo, la Fiscalía dejó de imputarle a FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ los hechos jurídicamente relevantes del caso en relación con las conductas punibles de homicidio agravado, aunque sí se las atribuyó desde un punto de vista jurídico.

Para esta diligencia, hubo un cambio en el instructor. La nueva delegada de la Fiscalía se limitó a leer el contenido del escrito de la acusación¹³. En tal documento, relacionó hechos jurídicamente relevantes para los delitos de concierto («en el caso de FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ [...] ejercer las funciones de comandante de finanzas»¹⁴) y porte de armas («cada uno de sus miembros se dedica [al] empleo de armas de fuego tanto de defensa personal como de uso privativo de las fuerzas armadas»¹⁵). No figura alguna alusión a los homicidios de Cárdenas Soto y Montoya Amaya que, según la imputación, habría ordenado el procesado.

¹³ Folios 70-80 del cuaderno II de la actuación principal.

¹⁴ Folio 72 del cuaderno II de la actuación principal.

¹⁵ Folio 72 del cuaderno II de la actuación principal.

Al leer en la referida diligencia el capítulo concerniente a la "calificación jurídica" de los hechos¹⁶, la delegada le atribuyó a FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ la realización de la conducta punible de *homicidio agravado*, según los artículos 103 y 104, numeral 7, del Código Penal¹⁷.

La juez del caso interrumpió en ese momento la lectura del escrito, frente a lo cual la fiscal indicó que dicha atribución era «en lo que hace relación a la muerte de los ciudadanos José Humberto Cárdenas Soto, ocurrida el 4 de agosto de 2011, en el barrio Simón Bolívar del municipio de Ocaña, y el homicidio de Jorge Luis Montoya, ocurrido el 6 de agosto de 2011 en el barrio El Carmen de dicha municipalidad»¹⁸. Nada más afirmó acerca de estos comportamientos ni de las circunstancias que los rodearon.

Salta a la vista que, en dicha ocasión, la delegada ningún dato o referente fáctico aportó que vinculase la conducta de FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ con la realización de los delitos de *homicidio agravado* objeto de la acusación ni con la configuración de la agravante, relacionada con la situación de indefensión o inferioridad. Afirmar, como lo hizo la fiscal, que dos (2) personas murieron o fueron asesinadas el 4 y 6 de agosto de 2011 en los barrios Simón Bolívar y El Carmen de Ocaña no compromete ni señala al procesado de algo. No hay, en ningún sentido, una premisa fáctica. Faltan datos acerca del comportamiento de esta persona que pudieran ajustarse o

¹⁶ Folios 72-74 del cuaderno II de la actuación principal.

¹⁷ Folio 73 del cuaderno II de la actuación principal. Adicionalmente, archivo de audio L54498610611320128033100_540013107001_001_001, 19'45''.

¹⁸ Archivo de audio L54498610611320128033100_540013107001_001_001, 19'48''.

subsumirse en los tipos penales mencionados.

Y (iii) las instancias condenaron a FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ por homicidio agravado con fundamento en las circunstancias fácticas inicialmente achacadas durante la imputación.

En el fallo de primer grado, la juez condenó al procesado, entre otras razones, por haber sido él «*quien impartió la orden de dar muerte a estas personas*»¹⁹, es decir, a José Humberto Cárdenas Soto y Jorge Luis Montoya Amaya. Así mismo, dejó en claro que los homicidios de esas personas obedecieron a actos de sicarios que, armados, les dispararon a sus víctimas indefensas o en estado de inferioridad²⁰.

Esta postura fue confirmada por el Tribunal en el fallo impugnado cuando manifestó que «*la sentencia de instancia expresa en sus argumentos que se pudo comprobar tanto la materialidad de los delitos como la responsabilidad de cada uno de los acusados*»²¹.

En este orden de ideas, FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ fue condenado por *homicidio agravado* debido a unos hechos que fueron formulados en la imputación, pero que no constan en la acusación.

1.2. El problema jurídico, en síntesis, puede plantearse de la siguiente manera:

¹⁹ Folio 73 del cuaderno III de la actuación principal.

²⁰ Cf. folios 65-74 del cuaderno III de la actuación principal.

²¹ Folio 62 del cuaderno del Tribunal.

¿Se vulnera el principio de congruencia si se condena por hechos no formulados en la acusación, a pesar de que en la imputación al reo se le atribuyeron todos los referentes fácticos por los cuales terminó siendo condenado en las instancias?

El Tribunal, en la sentencia impugnada, no abordó tal problema. Tan solo sostuvo que la mención de la delegada de la Fiscalía a los asesinatos de José Humberto Cárdenas Soto y Jorge Luis Montoya Amaya en la formulación de acusación constituyó una imputación fáctica suficiente. Según el fallo:

[A] clara la Sala que, en audiencia de acusación celebrada el 23 de abril de 2013, se aprecia que la Fiscalía formuló acusación contra FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ por los delitos de concierto para delinquir agravado, art. 240 incisos 2 y 3, fabricación, tráfico o porte de armas o municiones, art. 365, teniendo en cuenta la modificación del art. 19 de la Ley 1453 de 2011, y por el delito de homicidio agravado, art. 103 y 104 numeral 7, en relación a la muerte de José Humberto Cárdenas ocurrida el 4 de agosto en el barrio Simón Bolívar del municipio de Ocaña y Jorge Luis Montoya ocurrido el 6 de agosto de 2011 de la misma municipalidad.

En todo caso, contrario a lo que afirma el recurrente, la Sala luego de analizar detenidamente el escrito de acusación considera que este acto cumple a cabalidad con los requerimientos exigidos por la normativa procesal (Ley 906 de 2004) de expresar de manera circunstanciada los hechos jurídicamente relevantes y realizar una adecuación jurídica clara y entendible, señalando los delitos por los cuales ejerce la acción penal, así como el grado de intervención de los acusados en ellos²².

Por las razones expuestas (1.1 ii), no es posible compartir

²² Folios 59-60 del cuaderno del Tribunal.

el criterio del Tribunal. La expresión enunciada por la fiscal en la audiencia de acusación (*“la muerte de los ciudadanos José Humberto Cárdenas Soto, ocurrida el 4 de agosto de 2011, en el barrio Simón Bolívar del municipio de Ocaña, y el homicidio de Jorge Luis Montoya, ocurrido el 6 de agosto de 2011 en el barrio El Carmen de dicha municipalidad”*) no logra ser una premisa fáctica que tenga correlato en la calificación jurídica (la participación del procesado en dos -2- homicidios estando las víctimas en estado de indefensión o inferioridad).

La Fiscalía Delegada ante la Corte, por su parte, solicitó la nulidad de lo actuado debido a la violación del principio de congruencia. Para la Delegada, la sola falta de una premisa fáctica que se vincule con la calificación de *homicidio agravado* en la formulación de la acusación quebranta sustancialmente la estructura del debido proceso.

El representante del Ministerio Público, por el contrario, sostuvo que la afectación no era trascendente, por cuanto la defensa de FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ, a pesar de las imprecisiones, pudo ejercer el derecho de contradicción en el juicio oral.

La Sala, desde ya, anuncia que la respuesta al problema jurídico será afirmativa, esto es, que es un error de estructura y de garantía susceptible de ser atacado por nulidad en sede de casación cualquier condena por hechos jurídicamente relevantes que no consten en la acusación.

Para ello, expondrá a continuación los argumentos por los cuales considera que una adecuada atribución fáctica en

la audiencia de formulación de imputación no logra subsanar la referida irregularidad (2). Y, posteriormente, resolverá de acuerdo con dicha tesis el caso concreto (3).

2. El alcance de la formulación de la imputación en aras del respeto a la garantía de la congruencia

El principio de congruencia, como se aprecia de la simple lectura del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, es predicable en principio entre la acusación y el fallo:

Artículo 448-. Congruencia. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

Sin embargo, la jurisprudencia tanto de la Sala como de la Corte Constitucional ha extendido el ámbito de cobertura de este principio a la formulación de la imputación, hasta el punto de exigir (con algunas restricciones) una consonancia fáctica entre los hechos que se han atribuido en la imputación y aquellos que se formulan en la acusación.

O, en palabras de aquella Corporación, «[e]l derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia»²³. En todo caso, «la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico»²⁴.

²³ CC C-025/10.

²⁴ CC C-025/10.

16
Rojas

Esta ampliación, sin embargo, carece de incidencia para los efectos del problema jurídico aquí planteado (1.2). Esto es, aunque hayan sido formulados de manera correcta los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, cuando estos no obren en la acusación, se violará el principio de congruencia si el juez condena por aquellos referentes de hecho.

Estas son las razones:

(i) A menos que se trate de una terminación anticipada del proceso, la imputación de cargos no tiene la función de delimitar el contenido fáctico de la condena.

En el reciente fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, la Sala destacó «tres funciones medulares de la imputación»²⁵, a saber: *(a)* «garantizar el ejercicio del derecho de defensa»²⁶, *(b)* «sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares»²⁷ y *(c)* «delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se aillane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía»²⁸.

Esto último tiene fundamento en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, según el cual “[s]i el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”. Por el contrario, cuando no hay terminación abreviada del proceso,

²⁵ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

²⁶ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

²⁷ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

²⁸ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

la actuación que define el marco fáctico por el cual el juez de instancia puede condenar en el fallo tiene que ser la audiencia regulada en los artículos 338 y siguientes del Código Procesal (es decir, la acusación). De ahí que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 predique, como criterio general, la consonancia entre los hechos formulados en la acusación (no imputación) y aquellos que integran la decisión de condena.

(ii) La ampliación de la garantía que brinda el principio de congruencia hasta la imputación de cargos es para reforzar el ejercicio del derecho de defensa, no para desconocer el debido proceso en detrimento de los intereses del acusado.

La imputación, como garantía del ejercicio del derecho de defensa, exige una consonancia de orden fáctico entre esta, la formulación de acusación y el fallo condenatorio.

Cuando esa concordancia fáctica se quiebra a la altura de la acusación (por ejemplo, no se atribuyeron allí los hechos que a la postre son el soporte de la condena), ya no es posible predicar que hay congruencia, ni siquiera entre la imputación y la sentencia, porque el acto que los vinculaba (la acusación) dejó de mantenerla.

Afirmar lo contrario sería como admitir que en el trámite regular puede condenarse con imputación pero sin acusación, desconociendo que el acto de la acusación es parte esencial de la estructura del debido proceso. De hecho, la Sala, en el fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, admitió en teoría lo contrario: la posibilidad de un debido proceso sin audiencia preliminar («un sistema procesal que no incluya la formulación

de imputación puede desarrollar adecuadamente la garantía judicial [de defensa], siempre y cuando el procesado conozca oportunamente los cargos y cuente con tiempo suficiente para preparar[la]»²⁹). Lo que es inadmisibles, sin embargo, es un fallo condenatorio por aspectos fácticos que no fueron formulados en la audiencia establecida para delimitar los cargos, es decir, una condena sin previa acusación.

En este orden de ideas, la garantía de defensa que brinda la audiencia de formulación de la imputación (en eventos en los cuales el proceso no finaliza en forma anticipada) obedece a la necesidad de asegurar, en palabras del fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, «*el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa*»³⁰. Y esta se desconoce en los casos concretos si, por ejemplo, en la acusación se opta por «*incluir los referentes fácticos de nuevos delitos*»³¹, o «*introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave*»³², o, en cualquier caso, modificar desfavorablemente «*el núcleo de la imputación*»³³.

La imputación no se hizo, por lo tanto, para subsanar o suplir pretermisiones en la Fiscalía durante la formulación de la acusación, como dejar de incluir los hechos que integran la premisa fáctica, bajo el pretexto de que le fueron comunicados al procesado en la imputación de cargos. Es más, atribuirle al procesado en audiencia preliminar unos hechos que, luego,

²⁹ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

³⁰ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

³¹ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

³² CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

³³ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

no figuran en la acusación, debe entenderse como un cambio que habrá de repercutir siempre a su favor.

Y (iii) condenar por hechos que no consten en la acusación constituye, además de un error de garantía, uno de estructura. Por lo tanto, es irrelevante que el procesado haya logrado tener un conocimiento de la premisa fáctica de la condena previo a la acusación que no obre en tal diligencia pero sí en la sentencia condenatoria.

Como se indicó (2 ii), la irregularidad analizada equivale, en la práctica, a una condena sin acusación. Se trata esta de una afectación sustancial de la estructura del debido proceso. Y esta, a su vez, es un yerro de garantía, en tanto la defensa no puede preparar su caso si no conoce de qué se le acusa³⁴.

Es un sinsentido, por lo tanto, aducir que el yerro no es relevante porque, a pesar de todo, la defensa pudo enterarse antes (en audiencia preliminar) de los hechos que a la postre sustentaron el fallo de condena. De ser así, la discusión ya no giraría alrededor de la garantía de la defensa, sino de la etapa esencial que integra el proceso penal y que se pretermitió. En todo caso, afirmar que en una tal situación no se desconoció el derecho de defensa es bien relativo. Así como en CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, se sostuvo que «no puede darse por «sobreentendido» un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos»³⁵, tampoco podría darse por

³⁴ Cf., CSJ SP5660, 11 dic. 2018, rad. 11 dic. 2013, rad. 52311, acerca de la acusación como elemento estructural del proceso y presupuesto de las garantías del procesado.

³⁵ CSJ SP2042, 5 jun. 2019, rad. 51007.

“sobreentendidos” los hechos, a pesar de que no constan en la acusación, con el argumento de que habían sido formulados desde la imputación.

La defensa, en este caso, pudo haber supuesto aquellos hechos no incluidos en la acusación recordando los atribuidos en la audiencia preliminar, pero dicho acierto no pasa de ser un dato inane. Esto no suplía el deber de la Fiscalía de definir los hechos en la acusación. Tampoco subsana la irregularidad el que la defensa, en el juicio, haya actuado positivamente a raíz de esa suposición. El ejercicio del derecho de defensa, en todo caso, tiene que asegurarse a partir de actuaciones claras y precisas por parte del acusador, no de figuraciones acerca de lo que en últimas hizo o no hizo.

En síntesis, jamás será posible condenar por hechos que no consten en la acusación, aunque hayan sido atribuidos en la imputación de cargos.

3. Solución del caso concreto

3.1. Las instancias en sus fallos condenaron a FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ por ordenar la muerte de José Humberto Cárdenas Soto y Jorge Luis Montoya Amaya. Estas, siguiendo con los jueces, las realizaron sicarios que con armas de fuego atacaron a sus víctimas en estado de inferioridad.

Ninguno de estos hechos, sin embargo, fue atribuido por la Fiscalía en la acusación. La delegada solo trajo a colación la frase “*la muerte de los ciudadanos José Humberto Cárdenas Soto, ocurrida el 4 de agosto de 2011, en el barrio Simón Bolívar*”

del municipio de Ocaña, y el homicidio de Jorge Luis Montoya, ocurrido el 6 de agosto de 2011 en el barrio El Carmen de dicha municipalidad". Esta aserción jamás vinculó una acción por parte del procesado (por ejemplo, "dio la orden de matar por la vía del sicariato") con las conductas punibles por las cuales fue acusado (un doble *homicidio, agravado* por la indefensión o inferioridad de los sujetos pasivos). Hubo, entonces, una condena por *homicidio agravado* debido a hechos no incluidos en la acusación.

El representante del Ministerio Público, al respecto, dijo que no se desconoció de manera trascendente el principio de congruencia, por cuanto la defensa controvertió la prueba de cargo durante el juicio oral.

Como se indicó (2 *iii*), el que la defensa hubiera actuado sobre la base de suposiciones en lo referente a los hechos que integraban las conductas punibles de *homicidio agravado* no le resta al problema jurídico aquí estudiado su naturaleza de afectación sustancial de la estructura del debido proceso, ni de garantía debida a la parte. Un error de esta naturaleza tiene trascendencia en cuanto a la índole esencial de la actuación pretermitida y en tanto que la defensa ejerció sus derechos sobre la base de suposiciones, no de atribuciones concretas.

En efecto, si la defensa de FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ controvertió el relato del testigo de cargo César de la Cruz Rodríguez López, esto no implica la falta de un daño real al ejercicio del derecho de defensa. De hecho, el apoderado de esta persona se quejó de la ausencia de una atribución clara sobre hechos jurídicamente relevantes tanto al funcionario de

primera instancia («[l]a defensa [...] cuestiona el escrito de acusación [...], alegando que [...] la imputación fáctica [tiene] serios defectos de fundamentación que no permiten concretar los cargos en la hipótesis comunicada»³⁶) como a los jueces de segunda («[d]ice el recurrente que la acusación realizada por la Fiscalía a FREDDY GREGORIO BAYONA, por el delito de homicidio, es abstracta y gaseosa»³⁷).

Este error, por lo demás, no puede ser corregido de otra manera que con la nulidad. Es decir, como no puede haber una decisión de condena por hechos judicializados en imputación pero que no obran en la acusación, la única solución posible es invalidar parcialmente lo actuado (pero solo en lo atinente a las conductas punibles de *homicidio agravado*) para que la Fiscalía actúe conforme a derecho por esos comportamientos, dada la información que posea en relación con los hechos atribuidos en la imputación de cargos.

La Sala, por consiguiente, casará el fallo impugnado en razón del cargo principal expuesto por el demandante y, como consecuencia de ello, declarará la nulidad parcial a partir de la audiencia de formulación de la acusación (inclusive), en los términos indicados. Por la Secretaría, se remitirá copia de lo actuado a la Fiscalía para lo de su competencia.

3.2. La decisión anterior también acarrea un reajuste de la pena frente a la condena por los delitos de *concierto para delinquir agravado* y *fabricación, tráfico, porte o tenencia de*

³⁶ Folio 71 del cuaderno III de la actuación principal.

³⁷ Folio 59 del cuaderno del Tribunal.

armas de fuego, accesorios, partes o municiones por los cuales fue sentenciado FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ.

En efecto, a pesar de lo que solicitó el demandante en su pretensión principal, no hay lugar a ordenar la libertad de esta persona, dado que (se recuerda) la decisión de anular lo hasta ahora actuado no es total, sino parcial, en cuanto solo cubre los delitos de *homicidio agravado* achacados en su contra. Lo anterior significa que las penas por las otras conductas deben permanecer, aspecto que por lo demás sustenta su detención para pagar la pena impuesta.

En el fallo de primera instancia, el juez individualizó la sanción contra FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ por el delito de *concierto para delinquir agravado* (por pertenecer a la organización criminal Los Rastrojos como comandante) en dieciséis (16) años de prisión y 5.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa³⁸. Adicionalmente, anunció que el incremento en razón del concurso por la conducta punible de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* equivalía a veinticuatro (24) meses, es decir, dos (2) años de prisión³⁹.

El procesado, entonces, quedará condenado, además de la multa, a dieciocho (18) años de prisión, y de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas, por los delitos de *concierto para delinquir agravado* y *porte de armas de fuego*. Lo anterior significa que continúa privado de la libertad.

³⁸ Folio 75 del cuaderno III de la actuación principal.

³⁹ Folio 76 del cuaderno III de la actuación principal.

Por último, la Sala precisará que la decisión de segunda instancia seguirá incólume en todos aquellos aspectos que no fueron materia de modificación.

V. DECISIÓN

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,

RESUELVE

1. *Casar* parcialmente el fallo impugnado en razón del cargo principal que planteó el demandante.

2. Como consecuencia de lo anterior, *declarar* la nulidad parcial de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de acusación en lo que respecta a las conductas punibles de *homicidio agravado* por las que fue condenado FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ, y en las que fueron víctimas José Humberto Cárdenas Soto y Jorge Luis Montoya Amaya, debiéndose proceder tal como se indicó en la parte motiva.

3. *Fijar* la pena contra FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ en dieciocho (18) años de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como a 5.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, por las conductas punibles de *concierto para delinquir agravado* y de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*.

24 SEP 2019

CASACIÓN 47671
FREDDY GREGORIO BAYONA ARÉNIZ

4. *Precisar* que el fallo de segunda instancia permanece incólume en todo lo demás que no fue objeto de modificación.

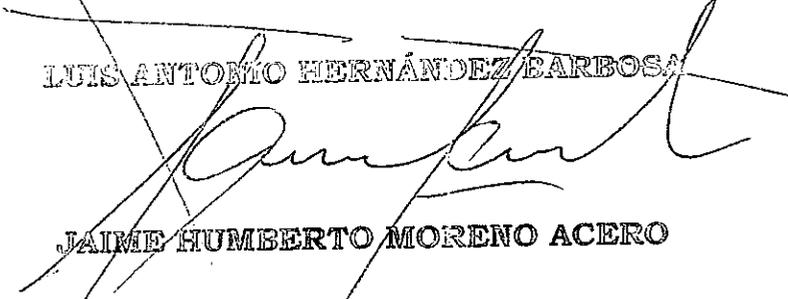
Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

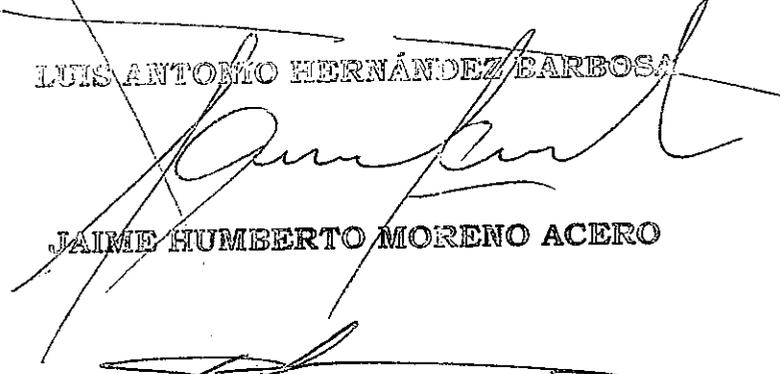
Notifíquese y cúmplase

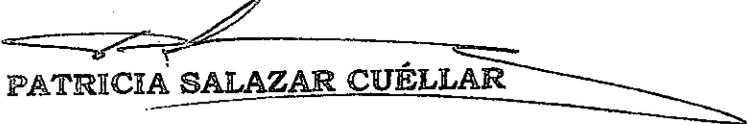

EYDER PATIÑO CABRERA


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAI ME HUMBERTO MORENO ACERO


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

