

PROCESO No. 10391

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 56

Santafé de Bogotá, D.C., abril veinte (20) de mil novecientos noventa y nueve. (1.999).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JOSE IVAN FRANCO CONTRERAS contra la sentencia del 2 de noviembre de 1.994 proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada en primera instancia por el Juzgado 59 Penal del Circuito, que condenó a dicho procesado a la pena principal de 21 años y 6 meses de prisión como autor del delito de homicidio agravado en grado de tentativa en concurso con los de hurto calificado y porte ilegal de armas para la defensa personal, adicionándola en lo relacionado con los perjuicios materiales, incluyendo como afectado en relación con el delito contra el patrimonio económico, a la Policía Nacional y aumentando, por ende, la cuantía indemnizatoria.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Estos tuvieron ocurrencia el día 17 de diciembre de 1.993, a eso de las siete de la mañana, en el Hospedaje "Royal" ubicado en la carrera 15 No. 18-80 de esta ciudad, cuando al sonar el timbre y salir a abrir la puerta la cajera del establecimiento, Rocío

Oyola, fue intimidada por un hombre, quien portando arma de fuego le exigió la entrega del dinero recaudado, pero como ésta le respondiera que no lo tenía, optó por despojarla del reloj que portaba. Entre tanto, otra empleada de dichas residencias, por otra puerta, salió en busca de ayuda solicitándosela al agente de la Policía Hernando Santoyo Duarte, quien se encontraba prestando turno de vigilancia en una de las sedes políticas de la Unión Patriótica, habiéndose dirigido hasta el sitio del asalto en donde luego de ser despojado del arma de dotación por el asaltante, recibió cuatro disparos que le causaron graves heridas en el cráneo y el tórax, de las que se recuperó gracias a la oportuna intervención médica a que fue sometido.

Momentos después, otros agentes se hicieron presentes en el lugar, procediendo a capturar en la terraza de las residencias “El Viajero” a JOSE IVAN FRANCO CONTRERAS, sindicado por los presentes como el autor de los disparos.

Con base en el informe de captura y las declaraciones recibidas a los agentes de la SIJIN que intervinieron en ella, la Fiscalía Octava Especial de Permanencia de esta ciudad inició la presente investigación, vinculando mediante indagatoria al aprehendido, remitiendo las diligencias a la Fiscalía 109 de la Unidad Tercera de Delitos contra la Vida, donde se resolvió la situación jurídica del indagado afectándolo con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin excarcelación, por los delitos de homicidio en grado de tentativa, hurto y porte ilegal de armas para la defensa personal.

Perfeccionada la instrucción, el 14 de marzo de 1.994 se declaró cerrada y el siguiente 14 de abril se profirió resolución acusatoria en contra del procesado por los delitos de homicidio agravado por los numerales 2° y 7° del artículo 324 del Código Penal, hurto calificado y porte ilegal de armas para la defensa personal, en concurso.

En la etapa del juicio, el juzgado 59 de Penal del Circuito decretó algunas pruebas solicitadas por la defensa y otras de oficio, las cuales se practicaron durante el curso de

la audiencia pública, luego de lo cual se profirió sentencia condenatoria en primera instancia, que al ser apelada por el defensor del procesado fue confirmada por el Tribunal en los términos ya reseñados, con la también ya referida modificación respecto a la condena en perjuicios materiales.

LA DEMANDA:

Por motivo de nulidad, un solo cargo propone el defensor del procesado, pues, en su criterio, la sentencia fue proferida por un funcionario incompetente.

En orden a demostrar la censura, inicia el casacionista por aclarar, que si bien “no discute nuestro desacierto sobre la oportunidad procesal en que fuera oteada y solicitada su declaratoria”, si le parece oportuno referirse inicialmente a los argumentos expuestos por el Tribunal para desechar la misma causal de invalidez que propuso al sustentar el recurso de apelación que interpusiera en contra del fallo de primera instancia, de conformidad con los cuales, se descartó la incompetencia reclamada con el argumento de que el homicidio tentado atribuido a FRANCO CONTRERAS no se cometió con finalidad terrorista, pues una tal exigencia resultaba impertinente en este caso y para el fin reclamado, ya que estando demostrado en el proceso que el agente Hernando Duarte Santoyo se encontraba prestando servicio de vigilancia en la sede la Unión Patriótica y que cuando fue a repeler el “atracó a mano armada” por llamado que le hicieron “las mujeres que estaban apostadas en unas residencias”, lo hizo “como agente del Orden y miembro de la Fuerza Pública” y en ese carácter y función es que fue lesionado por el hoy procesado, no quedaba duda que los competentes para instruir, calificar el sumario y adelantar la etapa de la causa lo eran la Fiscalía y los Juzgados Regionales, respectivamente, quienes, además, debieron oficiosamente decretar la nulidad aún antes de que él la detectara, y no negársela como en efecto inexplicablemente sucedió.

Por tanto, y dando por descontado que, en estas condiciones, no está reclamando violación al derecho de defensa sino al debido proceso, debe casarse el fallo impugnado declarándose la nulidad de lo actuado, toda vez que el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal fija en los jueces regionales la competencia para conocer de los delitos de homicidio que estuviesen agravados de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 324 del Código Penal, modificado por la Ley 40 de 1.993, esto es, el cometido contra miembros de la fuerza pública por motivo de sus cargos o en razón del ejercicio de sus funciones, entre otras, pues las diversas alternativas allí planteadas son disyuntivas, lo cual significa que la finalidad terrorista en nada modifica la cualificación de la persona a que se refiere dicho precepto, que es lo sucedido en este caso.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL:

En criterio del Ministerio Público debe desecharse la censura propuesta por el demandante, pues atendida la naturaleza y efectos de la misma, es evidente que carece de interés para recurrir, ya que la nulidad deprecada “lleva implícita la necesidad de reconocer la concurrencia de una agravante más para el homicidio, que traería como consecuencia una mayor drasticidad punitiva para el procesado”. Por este motivo, solicita, se compulsen copias con destino al Consejo Seccional de la Judicatura para que se investigue disciplinariamente al defensor, por faltas a la ética profesional, pues su función no es la de buscar la agravación de la situación de su defendido sino la de favorecerla.

Sin embargo, observa el Delegado, que al estar probado en el expediente que la mañana del 17 de diciembre de 1.993 el agente Hernando Santoyo Duarte se encontraba prestando el segundo turno de vigilancia en la sede política de la Unión Patriótica, “cuando Guadalupe Tapiero Ducuara, acudió en búsqueda de su apoyo, en razón a que en las residencias ‘Royal’ contiguas a dicho lugar y en la que laboraba, eran objeto de un asalto y que, precisamente, mediando esta circunstancia y el hecho de estar él

uniformado en ejercicio de sus funciones, le condujo a intervenir en procura de neutralizar la acción delictiva, cuando fue repelido con disparos de arma de fuego que afectaron gravemente su integridad física”, debe concluirse que la conducta del procesado estuvo dirigida a repeler la acción que el policial cumplía en desarrollo de su deber funcional, siendo, por tanto, la justicia regional la competente para conocer del asunto, de conformidad con dispuesto en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9º del de la Ley 81 de 1.993.

Agrega, además, que desde que se creó la denominada justicia sin rostro, el conocimiento de los delitos contra la vida e integridad personal, “cometidos contra esta categoría especial de sujetos pasivos”, ha sido de su competencia, pues “Precisamente el hecho de ser consagrada como específica agravante dentro de la legislación ordinaria, llevó a la Delegada a sostener en ocasión pasada que, por esta razón, se ‘acabó con el paralelismo que existía entre los diversos tipos penales autónomos que en torno al homicidio existían en virtud de la adopción como legislación permanente de Decretos como el 180 de 1.988 -art. 26- y 2.790 de 1.990 -art.8-, modificado por el artículo 1º del decreto 099 de 1.991’ (Concepto de julio 31 de 1.995. Rad. 10.673)”.

De lo anterior, colige, lo injustificado que resulta sostener una coexistencia normativa en este sentido y menos aún, como lo hizo el Tribunal, exigiendo que es necesario que el delito se cometa con finalidad terrorista para que conozca la justicia regional.

Solicita, en consecuencia, se declare la nulidad parcial de lo actuado, esto es, en relación con el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, a partir de la resolución del 14 de marzo de 1.994, por medio de la cual se cerró el ciclo instructivo, debiéndose por tanto, redosificar la pena en lo que tiene que ver con los delitos de hurto calificado y porte ilegal de armas.

CONSIDERACIONES:

1. Es, entonces, la nulidad del fallo impugnado la que persigue el censor mediante el presente recurso extraordinario, por haberse proferido por un Tribunal incompetente, al igual que lo fueron el Fiscal y el Juez que en su correspondiente etapa procesal intervinieron en este caso, habida cuenta que por mandato del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9º. de la Ley 81 de 1. 993, era la Justicia Regional la competente para conocer del mismo, lo cual, en criterio del Procurador Delegado, “llevaría implícita” la agravación de la pena al debérsele imputar al procesado “un nuevo agravante” por el homicidio, y en estas condiciones, carecería el demandante de interés para recurrir al pretenderse por esta vía agravar la situación de su defendido.

2. Ciertamente, es el interés para recurrir lo que legitima el derecho a la impugnación, pues los recursos no pueden concebirse jurídicamente sino como un medio a través del cual se persigue la reparación de un agravio o perjuicio causado con la decisión judicial que se repudia, constituyendo imprescindible supuesto para su ejercicio, conforme lo regula la Ley Procesal Penal, trátase de recursos ordinarios o del extraordinario de casación, pues si bien es cierto que el artículo 196 de este Estatuto sólo lo exige literalmente para los primeros, ello no significa que no sea predicable para la casación, no solo porque conceptualmente en el ámbito de la Teoría del Proceso no puede concebirse un recurso en sentido diverso, sino porque nítidamente se infiere su imperativo de los fines que le determina este Código en su artículo 219.

3. Esta exigencia, desde luego, no corresponde a un mero ejercicio intelectual de lo jurídico o a una ritualidad normativa desprendida de contenido y finalidad, pues, siendo un medio procesal que posibilita la revisión judicial para que el mismo funcionario que profirió la decisión, por medio de la cual, presuntamente se ocasionó ilegalmente un agravio o perjuicio a una de las partes, lo subsane, o mediante el recurso de apelación, que lo haga su inmediato superior funcional o quien la misma ley determine, su naturaleza defensiva le es connatural y como tal se sustenta y contiene como

legitimante del Estado de Derecho respetuoso de la dignidad y libertad del ser humano, que garantiza la interpretación y consiguiente aplicación de la ley, los medios para su ejecución y las decisiones intermedias y finales que se ven así amparadas en un debido proceso respetuoso de los derechos individuales y colectivos de una sociedad que se sabe protegida por la seguridad jurídica que emana de esta clase de decisiones.

4. Incrustado, entonces, el derecho a la impugnación de los decisiones judiciales en un Estado fundamentado en el respeto a los derechos de la dignidad y la libertad de las personas, riñe con su naturaleza, filosofía, contenidos políticos, político criminales y jurídicos, el ejercicio de los medios defensivos legales que en cumplimiento de los límites formales y materiales que lo caracterizan, se emplee no para que los derechos de los sujetos procesales resulten lo menos afectados posible, sino para que sean mayormente afectados, esto es, para que la situación jurídica del impugnante se agrave, pues si bien los recursos constituyen un derecho, es el propio Estado el que presumiendo la legalidad y el acierto de las decisiones judiciales, sólo posibilita su ejercicio en beneficio del recurrente, reservándose por razones de orden público otro mecanismo judicial como el de la consulta para los casos expresamente consagrados en la ley, en virtud de la cual por encima de los derechos individuales de cada uno de los sujetos procesales, aún desmejorando las situaciones declaradas judicialmente en su favor, hace primar la legalidad, llegando hasta declarar la nulidad de lo actuado cuando no existiendo otro mecanismo que la evite, se impone para garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos para el juzgamiento penal.

5. Así, y si bien es cierto que la defensa técnica cumple en relación con la administración de justicia, un papel de colaboración sobre el descubrimiento de la verdad real y el respecto de garantías que puedan abarcar los derechos de los demás sujetos procesales, lo cual implica atribuirle un deber de interés general, lo es igualmente, que frente a su defendido, la actividad profesional debe estar encaminada al empleo de todos los medios legal y jurídicamente permitidos para beneficiar la situación procesal de aquél, lo cual le

impide sacrificar los derechos de su procurado so pretexto de sacar avante aquellos que teóricamente puedan incidir en el carácter público del juzgamiento, pero que en su particular situación no lo han afectado, lo que si se haría al provocar su corrección para hacerla más gravosa.

6. Esto es lo que sucede en el presente caso, pues pretextando la legalidad del proceso por considerar que los funcionarios que lo instruyeron y fallaron no son los competentes, aspira el defensor a que se le impute a su procurado una circunstancia específica de agravación punitiva que no fue objeto de la acusación proferida por la Fiscalía, echando por la borda los intereses que defiende, pues olvida que al entrar en vigencia la Ley 40 de 1.993, aquellas circunstancias que hacían independientes los tipos de homicidio previstos en el artículo 323 del Código Penal, 29 del Decreto 180 de 1.988 y 8° del Decreto 2.790 de 1.990 (modificado por el 099 de 1.991), se conjugaron conformando, todas ellas, el agravante previsto en el numeral 8° del artículo 324, lo que significa que la competencia está condicionada a que el delito contra la vida esté o no calificado dentro de tales preceptos, tornándose en evidente, por parte del defensor, la falta de interés para recurrir en los términos en que lo hace.

7. En estas condiciones, en principio, y dentro del ámbito general de la estructura procesal, podría afirmarse que es en el momento en que se interpone el recurso y se decide sobre su concesión cuando se debe establecer esta exigencia, pues como se vio, constituye un presupuesto para el reconocimiento y ejercicio del derecho a impugnar las decisiones judiciales; sin embargo, teniendo en cuenta la particular ritualidad que regula la Ley Procesal para la tramitación del recurso extraordinario de casación, resulta claro que no en todos los eventos esto es posible, pues, siendo que al interponerse el recurso es suficiente la manifestación de hacerlo y en ese momento poder determinarse si le asiste el recurrente interés para impugnar, pueden existir eventos en que únicamente al concretarse las pretensiones ello sea factible, y como éstas sólo vienen a conocerse con la presentación de la demanda, cuya revisión le corresponde a la Corte, es hasta ese

momento cuando puede advertirse un tal fenómeno negativo y por tanto, en el cual se debe declarar decretándose la nulidad del trámite que resulta ilegalmente adelantado.

8. Sin embargo, si admitida la demanda el vicio no fue detectado, lo que procede no es la declaratoria de nulidad como en el caso anterior, sino la desestimación del libelo, pues, siendo que la decisión que correspondería es la del fallo para decidir sobre las pretensiones del casacionista y para ello tiene que haberse cumplido las exigencias sustantivas y procesales previstas por la ley como supuestos, la subsistencia del hecho generador del vicio lo impide, ya que como sucede en casos como el presente, la falta de interés para recurrir por parte del demandante para formular un ataque como el que ha presentado, continúa produciendo, material y jurídicamente, los mismos efectos negativos atribuibles desde el momento en que se recurrió el fallo del Tribunal, no quedándole otra alternativa a la Corte que la de desestimar oficiosamente la demanda, pues la simple inadvertencia de la causa a la ahora de concederse el recurso o de inadmitirse la demanda no hace que el vicio pierda eficacia, sino que lo que era causa de rechazo o inadmisión se convierta en causa de desestimación, ya que todo depende de la fase procesal en que se tome la decisión, pues el auto de admisión erróneamente proferido, no obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y determinar el vicio o la índole de la pretensión, dado que carece de fuerza vinculante no porque se estime ilegal, sino porque carece de efecto, y pensar en atribuirle capacidad saneadora al auto de admisibilidad equivaldría, como se ha dicho, a comprometer a la Corte en el nuevo error de asumir una competencia de que carece, la cual queda limitada exclusivamente a tomar esta decisión, dado que el objeto de fallo, como es la demanda, no puede proferirse ante su ineptitud.

10. No obstante y como podría afirmarse que al impetrarse la nulidad de lo actuado por falta de competencia, como sucede en este proceso, siendo que la invalidez incluiría la

resolución acusatoria, lo que se persigue es la liberación provisional del inculcado por vencimiento de términos para el proferimiento de la nueva calificación, pero una tal argumentación es apenas sofística, pues al sustentarse el cambio de competencia en el reconocimiento del referido agravante, que es el supuesto que se la otorga a la Justicia Regional, es claro que al volverse a calificar el sumario habría que incluir en el pliego de cargos y de proferirse fallo condenatorio, igualmente en éste, agravando punitivamente y sin reparos, la situación del procesado. Así lo favorable al implicado no puede verse limitado a una coyuntural liberación o a la hipotética eventualidad de una determinada táctica defensiva en busca de la prescripción de la acción, por ejemplo, cuando la finalidad última del proceso penal, esto es, la pena con todas sus consecuencias, va a ser más gravosa, evidenciándose así cómo el recurso interpuesto sólo ha sido un medio para que cuando ha cumplido sus fines se los haga perder para que además, opere un juzgamiento que por su naturaleza resulta más restrictivo que el de la jurisdicción ordinaria.

11. Careciendo, por tanto, de interés para recurrir el demandante en los términos en que lo ha hecho, amén de que dicho sea al margen, aún cuando tuviese ese interés el cargo estaría mal planteado por cuanto la falta de competencia aludida sería la consecuencia de atacar primero por vía de la causal primera la pretendida calificación delictual, y limitada así la competencia de la Corte, como ocurre con la prescripción, al único pronunciamiento de la desestimación de la demanda por improcedente, a ello se procederá, como igualmente debió hacerlo el Procurador Delegado, pues, siendo aquella el objeto del concepto, es claro que ante la carencia del referido interés ha perdido la competencia para cualquier otra clase de análisis y menos de peticiones como la de la ofensiva nulidad que ahora ha impetrado.

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

RESUELVE:

Desestimar la demanda.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E.CORDOBA POVEDA
ARGOTE

CARLOS A. GALVEZ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO
ESCOBAR

CARLOS E. MEJIA

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

Secretaria