

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 14

Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS:

Cumplido el trámite convencional correspondiente al recurso extraordinario de casación, la Sala se ocupa de la sentencia de segundo grado fechada el 29 de marzo de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cartagena condenó al procesado ALFREDO LUIS MARRUGO CERVANTES, quien había sido acusado por los delitos de homicidio doloso simple y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, según hechos en los cuales perdió la vida la dama FERLINDA ESTHER BRU ARELLANO.

El concepto previo fue emitido por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

HECHOS Y ACTIVIDAD PROCESAL:

Según lo relatan los fallos de instancia, los episodios acaecieron el día 27 de abril de 1992, aproximadamente a las 12 meridiano, en la calle la Estrella del municipio de Turbaco (Bolívar). Ocurre que en la fecha y hora mencionadas, el procesado, en compañía de Jorge Luis de León Hueto y Jhony Carlos Mestre Guardo, se acercó en el camión que conducía a la casa de su prima Ledys María Carazo Marrugo, situada al frente de la residencia de la familia Bru Arellano, con el fin de preguntarle a su pariente por

gestiones para el pago del gas. Enteradas de dicha presencia, las señoras Ferlinda Arellano Arellano y Ferlinda Bru Arellano, madre e hija, salieron para reclamarle al circunstante por amenazas anteriores que él había proferido en contra de la familia, pues, según indicaciones probatorias, existían desavenencias porque un hermano de la señora Judith Moya, esposa de ALFREDO LUIS MARRUGO CERVANTES (a. jolón), no quiso reconocer la criatura que presuntamente había procreado con Manuela Bru Arellano, hermana de la víctima.

En este trance, cuando ya los acompañantes habían regresado al exaltado conductor al interior del vehículo, desde allí el sindicado disparó por una vez el revólver que portaba sin permiso e hizo impacto a la altura de la mama derecha de la joven FERLINDA ESTHER BRU ARELLANO, quien falleció después como consecuencia de dicha lesión. El agresor huyó de inmediato en el mismo automotor.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Turbaco, despacho que, por ser entonces competente para instruir, también recibió indagatoria al imputado y le definió la situación jurídica (fs. 3, 18 y 71).

Cerrada formalmente la instrucción, la Fiscal Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena, calificó el mérito del sumario, por medio de resolución de acusación fechada el 4 de septiembre de 1992, de acuerdo con la cual el procesado debía responder por un concurso de hechos punibles de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, según las previsiones del texto original del artículo 323 del Código Penal y el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991(fs. 145 y 187).

Impugnada la resolución acusatoria, la Unidad de Fiscalía ante el respectivo Tribunal la confirmó, por medio de resolución fechada el 26 de octubre de 1992, pero con la aclaración de que el acusado debía responder por homicidio preterintencional (art. 325 C.

P.), en lugar del doloso, y también por porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Asumido el conocimiento por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, el juez avanzó hasta la culminación de la audiencia pública (fs. 297), pero, en lugar de dictar sentencia, apreció que la Fiscalía habría incurrido en sendos errores que condujeron a la violación del debido proceso y el derecho de defensa, pues el funcionario calificador de segunda instancia hizo una adecuación específica por el delito de homicidio preterintencional en la parte resolutive de la decisión, actitud con la cual no sólo se alejó de la realidad probatoria que señalaba una forma de comisión dolosa y no preterintencional, sino que también convirtió en definitiva la calificación que legalmente debe ser provisional. Por estas razones, el juzgado anuló la actuación a partir del calificadorio de primera instancia (fs. 330).

El defensor apeló el auto por medio del cual se decretó la nulidad, mas oportunamente desistió del recurso y así lo aceptó el Tribunal en interlocutorio del 11 de octubre de 1993.

En la tarea de reposición de lo anulado, el Fiscal 30 Delegado emite nueva resolución acusatoria el 22 de diciembre de 1993, esta vez por los delitos de homicidio doloso simple y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 355), calificación que fue confirmada por la Unidad de Segunda instancia en el proveído del 22 de marzo de 1994, dictado como consecuencia de la apelación interpuesta por la defensa.

Después de realizar el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, y evacuadas las pruebas que se ordenaron, el defensor se dirige a la juez para ponerle en conocimiento un memorial del procesado en el cual solicita que se dicte “sentencia anticipada justa”, escrito en el cual manifiesta la aceptación de todos los cargos formulados en la resolución de acusación y deja constancia de que acepta “el dolo únicamente para los efectos de que le de aplicación, sin ningún problema, al

mencionado artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, inciso 6° (último)” (fs. 382, 409 y 410).

El fallo de primera instancia, de naturaleza anticipada, se produce el 14 de octubre de 1994, decisión en la cual la juez de circuito condena al procesado ALFREDO LUIS MARRUGO CERVANTES a la pena principal de doce (12) años y un (1) mes de prisión, como autor de un concurso de delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas. De igual manera, la sentencia prevé la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso; niega el subrogado de la condena de ejecución condicional y dispone el pago de los perjuicios morales en cuantía de 800 gramos oro (fs. 450).

La sentencia del Tribunal confirma la condena, mas dispone que la pena principal se reduzca a once (11) años y tres (3) meses de prisión, a la vez que sitúa la sanción accesoria en el límite legal de los diez (10) años.

CONTENIDO DE LA DEMANDA:

El actor presenta tres (3) cargos en contra de la sentencia impugnada y los argumenta del siguiente modo:

1. El primero lo describe con apoyo en la causal tercera de casación y dice que el fallador supuestamente proveyó dentro de un juicio viciado de nulidad, dado que la resolución acusatoria, a partir de su confirmación por la Unidad de Fiscalía de segunda instancia, se había convertido en ley del proceso, a pesar de lo cual el Juzgado asumió arbitrariamente un papel de tercera instancia y decretó su invalidez por discrepancias de criterio con la Fiscalía, pues estimaba que el homicidio era doloso y no preterintencional.

Con esa manera de proceder en el auto del 4 de agosto de 1993, el juzgado sin

duda viola el debido proceso, pues constitucional y legalmente se ha establecido que la instrucción y la acusación las maneja exclusivamente el fiscal, dentro de una órbita legal que no pueden invadir los jueces, a quienes también independientemente se les ha confiado la tarea del juzgamiento.

La violación de las formas propias del juicio alegada, se explica porque el error en la calificación ya no constituye causal de nulidad, como sí lo era en los códigos de procedimiento penal de 1938 y 1971; porque si el juez pudiera corregir el calificadorio antes de dictar sentencia, así sea al amparo de una nulidad, se diría entonces que él es el calificador y no el fiscal; porque sólo cuando se practican pruebas en la fase del juicio y se avizoran como consecuencia cambios en la adecuación típica o en la modalidad del cargo que agrave la situación del procesado, podrá el juez anular la calificación para precaver la inconsonancia con la sentencia, mas si las nuevas circunstancias probatorias son favorables al acusado, podrá el juez reconocer directamente su influencia en el fallo, sin necesidad de anular, siempre que no abandone el capítulo del correspondiente título.

Estima el censor que se han violado los numerales 2 y 3 del artículo 304 del C. de P. P., dado que en el mencionado auto el juzgado le ordenó a la Fiscalía que calificara el sumario de acuerdo con su apreciación, razón por la cual deberá decretarse la nulidad a partir del proveído cuestionado.

2. La segunda censura se apuntala en la causal primera de casación, como violación indirecta de la ley sustancial, consistente en un error de hecho como falso juicio de existencia, relacionado con la presunta ignorancia de la inspección judicial practicada al vehículo conducido por el procesado, el dictamen emitido por los peritos en la segunda inspección judicial y el testimonio de Robinson Villalobos Gutiérrez.

Si tales pruebas se hubiesen apreciado por el Tribunal, dice el actor, la conclusión

tendría que ser la de que el procesado cometió el delito de homicidio culposo, motivo por el cual se violaron los artículos 37 y 329 del Código Penal.

3. De manera subsidiaria, como tercer cargo, se invoca nuevamente la causal primera, ahora como violación directa de la ley sustancial, dado que el Tribunal supuestamente aplicó en forma indebida el artículo 38 de la ley 81 de 1993 y dejó de aplicar el texto original del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que fue modificado desfavorablemente por la primera norma, según el cual el procesado tiene derecho a una rebaja de la tercera parte de la pena, si confiesa. En efecto, aunque hubiese sido calificadamente, el procesado reconoció el hecho desde su primera declaración.

De otra parte, el precepto que se dejó de aplicar no exige que la confesión sea el fundamento de la sentencia, como sí lo hacía el artículo 301 del Decreto 050 de 1987. Es posible que la Corte se haya referido a tal requerimiento para la rebaja de pena, pero en casos que tengan que ver con la modificación introducida por el artículo 38 de la ley 81 de 1993, precepto éste por cuyo medio se volvió a implantar la mencionada condición.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Delegado se refiere a la demanda en los siguientes términos:

A. Le concede razón al impugnante en cuanto al primer cargo, relacionado con la nulidad, pues realmente el juez no debió decretar la invalidez de la resolución de acusación por desacuerdos con la Fiscalía en lo que atañe al tipo subjetivo o formas de culpabilidad. Los errores cometidos en esta materia son de carácter in iudicando y no in procedendo, pues, en el evento de que uno de los sujetos procesales buscara el saneamiento por vía de casación, necesariamente debería acudir a la causal primera y no a la tercera, pues el yerro apenas se circunscribe al grado de culpabilidad atribuible al

procesado y no al género de la infracción. En este último evento, aunque la actual legislación procesal penal no consagra expresamente la errónea calificación como motivo de nulidad, el concepto se ha incorporado al principio del debido proceso y como tal se posibilita la declaratoria de invalidez.

Sólo cuando se afecta el nomen iuris de la infracción puede acudirse a la vía de la nulidad, no por discusiones sobre las formas de culpabilidad, pues, además, el a quo no hizo reparos por indeterminación en el contenido de la acusación, falta de motivación, anfibología de la misma, violación del principio de no contradicción, o yerros relativos a la época de comisión del delito o a la individualización del procesado, motivos que sí justificarían el decreto de invalidez por la obvia incertidumbre que generan. Mas si se plantea un problema de “culpabilidad totalizada”, como cuando se han aplicado “criterios de responsabilidad objetiva”, podrá optarse por el recurso de la nulidad, pues en tal caso se habría contrariado no solo un principio rector de la ley penal colombiana (proscripción de la responsabilidad objetiva, art. 5º) sino el debido proceso.

En la cuestionada providencia de nulidad, la juez hizo una valoración probatoria y llegó a la conclusión de que las probanzas estaban lejos de acreditar un homicidio preterintencional, actitud con la cual la funcionaria cercenó el derecho de defensa del procesado, porque anticipó un fallo de condena en relación con el aspecto subjetivo del delito, pues el dolo deducido ya era por completo incontrovertible aun al tamiz del mismo fallador.

De otra parte, el mismo comportamiento procesal del a quo transgredió la estructura básica acusatoria del proceso penal colombiano que, no por ser tildada de mixta, deja de garantizar en esencia que la dirección de las etapas de acusación y juzgamiento están atribuidas a funcionarios distintos, fiscal y juez respectivamente, sin que exista la posibilidad de una entremezcla de competencias, así sea en procura de enmendar errores de la administración de justicia.

Aunque el defensor desistió del recurso de apelación interpuesto contra la decisión anulatoria y posteriormente se produjo la aceptación del procesado de los cargos incluidos en la nueva acusación, lo cierto es que tales manifestaciones no son convalidantes de la anomalía. En verdad, se trata de una irregularidad sustancial afectante del debido proceso, que como tal se muestra ajena al principio de convalidación que rige el instituto de las nulidades, pues, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el consentimiento del perjudicado con el acto irregular tiene efectos saneadores “siempre que se observen las garantías constitucionales”, una de las cuales es la estructura acusatoria a la colombiana que, por ende, no es renunciable ni saneable. De otra manera, entonces se llega al absurdo de que la aplicación del procedimiento imperante estaría supeditada al arbitrio del juez o el procesado.

Por último, el escogimiento mismo del objeto de anulación fue equivocado, en la medida que la resolución acusatoria de primera instancia (4 de septiembre de 1992) sí hacía la imputación por homicidio doloso, como lo pretendía el juzgador, y entonces la invalidez sólo podía proyectarse a la decisión acusatoria de segunda instancia (26 de octubre de 1992), que fue la que modificó el cargo a homicidio preterintencional.

Estas son las argumentaciones que el Procurador exhibe para solicitar la nulidad de lo actuado, a partir del proveído anulatorio del 4 de agosto de 1993.

B. En relación con la segunda censura, el Procurador advierte que el censor carece de legitimación para buscar cambios de dolo a culpa en el contenido de la responsabilidad del procesado, dado que si el proceso culminó por sentencia anticipada, tal actitud de la parte equivale a una retractación de lo antes aceptado, ya que, de acuerdo con el artículo 37B del C. de P. P., sólo pueden apelarse aspectos relacionados con el quantum punitivo, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes. Este límite al objeto de la impugnación debe extenderse al

recurso de casación, pues resulta un contrasentido que en dicha sede extraordinaria el procesado o su defensor puedan retractarse de lo que voluntariamente se aceptó en la instancia.

Pide la desestimación del cargo.

C. Se refiere el tercer reproche a la indebida aplicación del artículo 38 de la ley 81 de 1993, en lugar del precepto original del artículo 299 del C. de P. P., pero su presentación contiene una imprecisión técnica, porque los razonamientos esbozados para sustentar el yerro, no apuntan a un falso juicio de selección de la norma sino a su errónea interpretación.

Es que el texto inicial y el modificado tienen igual contenido en cuanto a los requisitos de la rebaja de pena por confesión, diferenciándose solamente en la medida de la rebaja de pena correspondiente (antes, 1/3 parte y 1/6 parte ahora).

Haciendo caso omiso de la imprecisión, el Ministerio Público dice que de todas maneras el actor no demostró la configuración de un yerro interpretativo, pues el Tribunal en su decisión acogió una reiterada doctrina de la Corte, según la cual sólo la confesión que se constituye en fundamento de la sentencia amerita la reducción de pena (sentencias de casación 17 de agosto de 1994 y 24 de agosto de 1995).

Si bien la Delegada no comparte la interpretación según la cual la confesión debe ser soporte importante de la sentencia, porque sería hacer agregados que ya fueron suprimidos en la redacción de la norma, lo cierto es que reconoce un válido respaldo en la determinación del Tribunal. En lugar de hacer esa inconveniente exigencia, el Procurador prefiere decir que el relato inicial del procesado no constituye confesión, dado que carece de la sinceridad, certeza y veracidad requeribles para su configuración, pues, antes que admitir la comisión del hecho punible, se dedicó a estructurar mendazmente a su favor una causal excluyente de la antijuridicidad

-legítima defensa-, entremezclada con motivos de inculpabilidad o con alegaciones de sola culpa.

Propone la denegación de esta última pretensión subsidiaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se reflexionará preferentemente sobre el cargo propuesto a la luz de la causal de nulidad, no sólo porque se adujo en primer lugar, sino para hacer efectivo el principio de prelación que rige en materia de casación, pues, si llegare a prosperar la glosa, por su efecto sobre la validez de buena parte de la actuación procesal que habría de reponerse, indudablemente carecerían de sentido otras determinaciones y motivaciones, fundadas en las demás censuras, que sólo apuntan a obtener la modificación del fallo de segunda instancia.

Se trata de establecer si es arbitraria la decisión de nulidad adoptada en el auto del 4 de agosto de 1993; si ella desquicia la estructura procesal vigente en el régimen penal colombiano o desborda los poderes reglados atribuidos a los funcionarios judiciales que la dinamizan, pues esta última connotación daría lugar a la violación del debido proceso y a la consecuente invalidez procesal. Para estas determinaciones conviene elucidar las siguientes premisas:

1. Estructura procesal penal vigente. No se pretende ahora demostrar el mayor o menor grado de la inclinación acusatoria que sin duda ostenta nuestro sistema procesal penal, pues basta decir que la separación de juez y acusación es el presupuesto estructural de cualquier modelo teórico acusatorio que pretenda serlo y tal elemento básico está consignado inequívocamente en la Constitución Política vigente. Aunque la construcción teórica de cualquier sistema procesal es ampliamente convencional, lo cierto es que existen en Colombia unos límites constitucionales irrebasables, tales como que el debido proceso comprende la

investigación, la acusación y el juzgamiento, si a ello hubiere lugar; que estas son funciones básicas que no pueden suprimirse o modificarse ni aun durante los estados de excepción; y que las dos primeras corresponden a la Fiscalía General de la Nación y la última a los juzgados y tribunales, organismos que son judiciales pero con distinta estructura y funcionamiento (arts. 29, 250, 252 y 253).

Ahora bien, para concretar la función de investigar los delitos y acusar eventualmente a los presuntos responsables, ante los juzgados y tribunales, el mismo texto constitucional prevé como facultad propia de la Fiscalía la de “calificar y declarar precluidas las investigaciones”, salvo en el caso de los congresistas, miembros de la fuerza pública por hechos relacionados con el servicio e indígenas (arts. 250-2, 186, 235-3, 221 y 246).

A la segunda parte de la expresión constitucional, “declarar precluidas las investigaciones”, no puede dársele el mismo sentido legal de una de las formas de calificación, al lado de la resolución acusatoria (arts. 439 y 443 C. P. P.), o la significación también legal de uno de los modos de terminación anticipada del proceso (art. 36 idem), porque si la frase está precedida por la acción ínsita en el verbo “calificar” y conectada lógicamente con ella, sería un absurdo que el constituyente hubiese repetido en el mencionado giro lo que precisamente acababa de decir con el vocablo comprensivo de la calificación (acusación y preclusión).

De otra parte, el carácter absurdo de ese entendimiento se intensifica porque en tal evento aparece una insostenible inversión de valores, en el sentido de que serían los vocablos “legales” los que sirven de fundamento de interpretación de los preceptos “constitucionales”, y no como debe ser: que la ley se interprete a la luz de los principios, valores, derechos y normas de la Constitución, pues ésta tiene un sentido directamente normativo (“norma de normas”, art. 4º) y su establecimiento se habría nutrido de la teoría del derecho, la filosofía, la política y otras ciencias que sin duda

contribuyen a su nacimiento. Pues bien, la conexión lógica expresada en los términos constitucionales “calificar y declarar precluidas las investigaciones”, no significa entonces nada distinto de que el acto de “calificación” agota la actividad investigativa del Estado en esa primera fase del proceso (art. 29) y que sobre dicha calificación, una vez ejecutoriada, no podrá volver para modificarla en su esencia garantista ni la Fiscalía ni tampoco los jueces, pues de esta manera el texto constitucional no sólo reitera la separación funcional entre acusadores y juzgadores, sino que también indica cómo los primeros tienen el deber de presentar ante los segundos una pieza procesal autosuficiente, que se baste a sí misma para iniciar un debate que no podrá salirse de su marco.

Es posible que ese acto formal de calificación, por medio del cual se declaran precluidas las investigaciones, no sea compatible lógica y funcionalmente con la experiencia histórica del ordinario procedimiento acusatorio en otros sistemas procesales, según los cuales el fiscal acusa por hechos, sin preocuparse de calificaciones jurídicas que corresponden al juez o tribunal, y en los que tampoco habría lugar a la preclusión de una etapa investigativa que no existe como actividad jurisdiccional, pero que en Colombia la Constitución y la ley sí tienen perfectamente individualizada como ejercicio judicial. A pesar de ello, el principio procesal de la preclusión aplicado al sumario en nuestro sistema significa que, además de buscar un pronunciamiento justo que declare la vigencia del derecho y la certeza de su disfrute, el ordenamiento procesal penal -por mandato constitucional- quiere que ello se consiga sin perjuicio de la necesaria celeridad y sin que los jueces puedan menospreciar apriorísticamente el esfuerzo jurisdiccional que constituye esa etapa procesal ya superada. A la par de procurar el valor de la seguridad, el proceso judicial se convierte en un mecanismo dinámico por su progreso y la repartición de funciones.

No es extraña la figura de la preclusión a una fase procesal en la cual no culmina ordinariamente el proceso (investigación) o a un acto intermedio como es la acusación,

porque sobre el tema la doctrina advierte que dicho efecto preclusivo no se presenta sólo en el momento final, como medio para garantizar la intangibilidad del resultado del proceso (cosa juzgada), sino que se produce de igual manera durante el proceso, a medida que por su curso, las diversas cuestiones son decididas. De igual manera, la preclusión se ha entendido como un principio procesal cuya designación se hace por oposición al denominado de secuencia discrecional, precisamente para indicar que el proceso tiene etapas delimitadas y progresivas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla.

La preclusión de un acto procesal significa que no es posible volver a realizarlo, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad, máxime si quien pretende renovarlo (juez) carece de competencia para hacerlo. El principio de preclusión, en la práctica, trata de evitar los retrocesos procesales innecesarios, salvo la nulidad que tampoco podría asumirse como disculpa, pues sería ella una manera de disfrazar la violación de la regularidad procesal y el desbordamiento de las atribuciones constitucionales y legales de los respectivos órganos judiciales.

A propósito de la caracterización de la estructura procesal vigente en Colombia, vale la pena reiterar que el acto de “calificar”, como en el lenguaje jurídico usual significa poner los hechos o relaciones en un casillero legal, pues se trata de determinar la ley aplicable al caso, entonces desde la perspectiva procesal penal no puede ser algo diferente de una imputación tanto fáctica como jurídica, dado que se refiere a la apreciación de la naturaleza y las circunstancias de un delito, su autor y la pena que a ello corresponde, de cara a los textos legales, pues en dicha materia rige clamorosamente el principio de legalidad, como lo pregonan el artículo 29 de la [Constitución Política](#), cuando prevé el juicio de valor sobre el acto reprochado siempre “conforme a leyes preexistentes”.

En atención entonces a los principios procesales de separación funcional y preclusión, la calificación del delito y la responsabilidad del autor, por estar contenida en una acusación, no puede desconocerse o variarse circunstancialmente antes de la sentencia, pues ésta constituye el próximo acto procesal del juez en la secuencia altamente integrada que dibuja el proceso, legalmente dispuesto para recoger los frutos de la discusión del juicio, cuando ya se establece lo confirmado o lo desvirtuado de la carga acusatoria, durante ese nuevo y progresivo ejercicio jurisdiccional que es la fase de juzgamiento. La variación operable en fallo, obviamente, está circunscrita al capítulo o al título correspondiente, como lo prefirió el legislador en el artículo 442-3 del C. P. P., siempre que no surjan para el procesado consecuencias más graves de las anunciadas en la acusación. De igual manera, ante circunstancias objetivas de declinación de la acción penal (prescripción o muerte del procesado), es inexorable la cesación de procedimiento que, de todas maneras, no es un acto procesal que desconoce precozmente la acusación, sino que precisamente declara la imposibilidad de debatirla con vocación de sentencia.

Desde luego que el juez puede disentir de la resolución acusatoria, no para acomodarla u ordenar que se ajuste a su talante para él mismo impulsar el juicio, por medio de sesgadas nulidades; pero, como lo ha sostenido la Sala, sí puede negarse a conocer del proceso cuando la discrepancia recae sobre la calificación jurídica y la que se estima ignorada podría generar un cambio de competencia, pues negarle esa facultad al juzgador sería desconocer la posibilidad de la colisión de competencias, que es el camino legalmente dispuesto para encarar esta clase de discordancias, siempre que el juez no precipite decisiones sobre la regularidad del proceso (C. P. P., arts. 97 y ss.).

Así ocurre, por ejemplo, "... si la acusación contiene cargos por un delito de conocimiento de la justicia ordinaria y el juez considera que la calificación debió hacerse por uno de competencia de la justicia especial regional, caso en el cual está obligado a proponer colisión negativa sin festinar decisiones sobre la validez de la actuación.

“Por fuera de esa hipótesis, el juez debe asumir el conocimiento del proceso, sea cual fuere la inconformidad suya con el pliego de cargos, para, en el curso del juicio, tomar la decisión que corresponda con arreglo a las soluciones que la ley procesal le ofrece, siempre y cuando no desconozca, al menos no antes de la sentencia, la valoración jurídico-probatoria que la acusación contiene en relación con la materialidad del hecho y la responsabilidad del procesado, pues, de hacerlo, suplantaría al fiscal en el ejercicio de la función acusadora que, como es bien sabido, le pertenece” (auto 28 de agosto de 1995. Radicado 10.695. M. P. Fernando Arboleda Ripoll).

A estas razones de estructura procesal, que en Colombia son una realidad jurídico-positiva de nivel constitucional y además legal, obedecen las precisiones que hizo la Corte en la sentencia de casación del 2 de agosto de 1995, cuyos términos son los siguientes:

“En desarrollo del mandato constitucional, el estatuto procesal distribuyó las competencias entregando a los fiscales la misión de ‘investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar’, ante los jueces y tribunales, a quienes otorgó la función de juzgar. A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación (art. 444 C. P. P.).

“Esto significa que el fiscal no puede pretender en la etapa del juicio adicionar la acusación, ya que los cargos deben estar formulados en su totalidad en el proveído calificadorio, de manera que el enjuiciado tenga la certeza de que es exclusivamente de ellos que debe defenderse.

“La dimensión de la responsabilidad asignada a los fiscales por la nueva Constitución obliga a que su cumplimiento se realice con el mayor esmero, cuidado y profundidad, y a su vez hace necesario que el Ministerio Público esté atento a interponer los recursos de ley cuando la calificación no sea correcta. A la etapa del juicio no se puede llegar con

incertidumbre sobre cuáles son los cargos, ni ese es momento oportuno para tratar de concretarlos.

“La elaboración de los cargos en cuanto a la tipicidad implica precisión sobre los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, señalando los tipos penales correspondientes a la denominación jurídica y a las circunstancias agravantes y atenuantes modificadoras de la punibilidad, así como a las genéricas que deban ser advertidas desde ese momento, esto es, aquellas que requieren de una valoración o análisis previo a su deducción.

“El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución de acusación, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que el pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.

“Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de que el juez frente a una resolución que afecta el debido proceso, bien por inobservancia de sus requisitos formales o por error en la denominación jurídica, deba invalidarla para que el fiscal subsane la irregularidad advertida” (M. P., Ricardo Calvete Rangel. Se ha subrayado).

También en el auto del 28 de agosto de 1998, cuya ponencia hizo el magistrado Fernando Arboleda Ripoll, se perfiló dicha singularización en el siguiente párrafo:

“La Sala ha reiterado la fuerza vinculante que tiene la resolución de acusación ejecutoriada en un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, en

la medida en que no puede ser desconocida por el juzgador con argumentos apriorísticos, y al concretar los hechos por los que se llama a juicio delimita la competencia y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación anticipada del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P., modificados por los arts. 3, 6 y 7 de la Ley 81/93)".

2. Nulidad de la resolución de acusación. Las prevenciones de profesionalismo y rigor técnico en la actividad del fiscal y el ministerio público, que se hacen en la jurisprudencia transcrita, además del sano sentimiento de precaver las nulidades, se convierte en un clamor para evitar la violación de las garantías del procesado o las defraudaciones a la sociedad en el ejercicio del poder punitivo, pues no todas las equivocaciones del fiscal en la acusación se podrán enmendar por aquella vía o por el poder del juez en la sentencia, merced precisamente a la vigencia de los principios de separación funcional y preclusión de la calificación sumarial, que de tal manera se constituyen en un esquema de garantía.

En efecto, si la nulidad es la sanción que establece la ley para el acto jurídico que en su realización haya violado u omitido las formas preordenadas por ella misma, en principio, no podrán decretarse nulidades por razones de mérito (*in iudicando*), sino de regularidad del procedimiento (*in procedendo*). Se trata de irregularidades en los elementos esenciales de composición de los actos del proceso, que por tener tal entidad desvirtúan en el hecho procesal su aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados.

En este orden de ideas, en lo que atañe a la nulidad de la resolución acusatoria por falta al debido proceso, sólo la justifican los vicios que impedirían proveer de fondo y dictar sentencia. Así entonces, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo

de nulidad, por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación -en lugar de la autoría que piensa el juez-, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo.

Estas discrepancias entre los funcionarios judiciales, en verdad, no obstaculizan la decisión de fondo, a menos que, como se dijo antes, la alternativa calificatoria propuesta por el juez comporte un cambio de competencia y haya lugar entonces a la respectiva colisión negativa, pues, en otras circunstancias, sería un desbordamiento de su poder que acudiera a una especiosa nulidad por falta al debido proceso, con el fin de imponer arbitrariamente la calificación que él concibe. Cosa distinta ocurre si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia.

La Corte ha sostenido reiteradamente que solamente el error en la denominación jurídica de la infracción constituye causal de nulidad, como vulneración del debido proceso, porque en tal evento el fiscal se aparta drásticamente de las reglas de lógica y comprensión jurídica que rigen el proceso de adecuación típica del comportamiento, dado que trasciende el capítulo o el título correspondiente, pues en tal evento la calificación jurídica ignorada por el fiscal y vista por el juez, se soporta sobre los mismos hechos que el instructor declaró probados, con lo cual el juzgador que decreta la invalidez no invade la órbita de las funciones propias del acusador.

Así, en el auto del 25 de abril de 1995, la Corte expuso:

“... es oportuno reiterar que para esta Corporación el error en la denominación jurídica trae como consecuencia la nulidad del proceso a partir del auto calificadorio inclusive.

“Al juez como director de la etapa de juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido formulada correctamente, aspecto este que forma parte de la garantía del debido proceso, y que de ningún modo constituye violación del principio de imparcialidad, pues en el caso de la denominación jurídica se trata simplemente de verificar que a los hechos declarados probados por la fiscalía no les haya dado un nomen juris equivocado.

“No es cierto que el fiscal sea una especie de dueño absoluto de la acusación, entre sus funciones efectivamente está la de acusar, pero dicha acusación no será de recibo si no se ajusta a las exigencias del debido proceso, entre las cuales, como ya se dijo, está la de dar a los hechos que estime acreditados la denominación jurídica acertada” (M. P. Ricardo Calvete Rangel. Subrayas fuera de texto).

En el caso examinado, la primera providencia calificatoria de segunda instancia, con el fin de sostener su conclusión sobre el aspecto subjetivo del delito, motivadamente se apoyó en el testimonio de Jhony Mestre Guardo y Eybeth del Rosario Castillo Torres, también en una inspección judicial, para declarar que no podía haber propósito de matar, pues, en una primera fase del encuentro entre los rijosos, el victimario solamente amenazó con el revólver a las damas que lo ofendían y fue llevado por sus acompañantes al interior del camión (aspectos sobre los que no existen discrepancias), lo cual le indica al fiscal como más plausible que el disparo (además único), se haya forzado cuando la víctima se acercó agresivamente al vehículo, no para matarla sino con el fin de diasuadirla. Porque, de otra parte, según las observaciones de la inspección, el “fatídico balazo” no se hizo directamente a la ofendida sino que impactó primero en la puerta contraria a la del timón.

En el auto de nulidad, la juez no cree en las huellas de disparo al interior del vehículo y sugiere que fueron fingidas para desorientar la investigación; se atreve a dividir el mérito de la declaración de Jhony Mestre Guardo, porque acepta una parte pero rechaza la que invocó el fiscal; y, en fin, también motivadamente, pero después de anticipar indebidamente el análisis del caudal probatorio, declara que “lejos están las evidencias procesales de ameritar un homicidio preterintencional...” (fs. 333).

En este caso, es clara la violación del principio de imparcialidad, porque la juez hubo de acudir anticipadamente a una evaluación del material probatorio, discordante de la que hizo la fiscalía, mas no para enseñar arbitrariedades manifiestas o vacíos protuberantes en la motivación, sino para imponer su propio criterio de valoración. Como lo advierte el Procurador Delegado, el juzgado intervino indebidamente en la acusación y se comportó como una instancia de la Fiscalía.

La decisión del juzgado también se ampara en el hecho de que, como la calificación se hizo por homicidio preterintencional, el correctivo sería la nulidad de esta pieza procesal, pues al hacerse el cambio a homicidio doloso en la sentencia, entonces se afectaría el debido proceso y con ello el derecho de defensa del procesado, pues se le sorprendería con un cargo más grave cuya entidad no tuvo oportunidad de controvertir argumentativa y probatoriamente (fs. 332). Aquí la falacia también es patética, porque para el momento no existía la sentencia imaginada por el juzgador (lo cual evidencia mayormente su prejuizgamiento), y entonces se estaba decretando la nulidad de un acto procesal (resolución acusatoria), no por el vicio que ella contenía, sino por la eventualidad del fallo.

Jurídicamente no pueden concebirse nulidades por eventualidad, es necesario establecer que el acto procesal cuestionado contiene una anomalía, que nació viciado y que como tal impide el adelantamiento regular de la relación procesal o su culminación por medio de una decisión de fondo. Contrario a lo hecho por la juez, determinado un

vicio relevante de la resolución acusatoria

-no una mera discrepancia de criterio-, no se podía pensar en ninguna clase de sentencia (condenatoria o absolutoria), porque la irregularidad era impeditiva y obligaría su declaración y la consecuente invalidez de la actuación procesal.

La presunta introducción de especificaciones jurídicas en la parte resolutive de la acusación, es otro de los argumentos de la nulidad especiosamente decretada por el juzgado, primero, porque la resolución acusatoria de primera instancia se apegó al parámetro tradicional de hacer la individualización del cargo en la motivación y situarlo por su género en la resolución (fs. 187) y, así entonces, cuando se produjo la decisión de segunda instancia, ésta no modificó la parte resolutive de la providencia examinada sino que, dentro de la dinámica propia de la revisión por el grado de apelación, simplemente adoptó una determinación que confirmaba el cuerpo de la primera con la aclaración de que se procedía por el delito de homicidio preterintencional. En segundo lugar, la pretextada irregularidad por hacer especificaciones en la parte resolutive de la acusación, obedece a rezagos de anteriores estatutos procesales, ahora incompatibles lógicamente y funcionalmente con la exigencia de la mayor precisión y claridad en los cargos, los cuales podrán desvirtuarse o degradarse en el curso del juicio, pero jamás incrementarse.

De modo que, así examinada la situación, la providencia del 4 de agosto de 1993 quebranta la separación funcional y orgánica entre acusación y juzgamiento, constitucionalmente establecida para preservar la imparcialidad de los jueces, en orden a que no se precipite arbitrariamente el rompimiento de la presunción de inocencia. Además, como con dicho proveído la juez reforzó indebidamente la acusación, se tiene que violó el principio procesal de la preclusión y también desvaneció el equilibrio entre la acusación y la defensa, pues dos funcionarios judiciales fungieron de acusadores, fundamentos estos que, junto con la separación funcional indicada, hacen parte del debido

proceso y su violación indudablemente genera nulidad.

Así lo reconoció la Sala en la sentencia de casación del 10 de junio de 1998.

Después de destacar los rasgos de la acusación y el juzgamiento en el procedimiento ordinario, al igual que los poderes del fiscal y el juez, advirtió que el trámite de sentencia anticipada (que era el caso examinado allí) estaba expuesto a los mismos principios, dada la equivalencia del acta de formulación de cargos a la resolución de acusación, y concluyó sobre dicha pieza procesal lo siguiente:

“1. Es intangible, pues ni el fiscal ni el juez tienen competencia para variar o adicionar la acusación, esto es, para introducir modificaciones a la imputación hecha y aceptada.

“2. El juez, por lo tanto, deberá dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, debiendo existir congruencia entre aquella providencia y el acta de formulación y aceptación de cargos.

“3. La intangibilidad de la acusación no impide, según criterio mayoritario de la Sala, que el juez, al proferir el fallo, pueda atenuar la responsabilidad, aunque no agravarla, pero sin desconocer la denominación jurídica imputada, esto es, manteniendo la identidad del género delictivo.

“4. La incompetencia del juez para variar la acusación, no obsta para que como supremo garante de la legalidad pueda anular la citada acta cuando advierta que se violaron garantías fundamentales o que en la misma se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción.

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, el Juez del Circuito carecía de facultad para invalidar el acta de formulación y aceptación de cargos, pues tal nulidad no se dispuso porque se hubieran desconocido las garantías fundamentales o porque se hubiera incurrido

en error en la denominación jurídica del hecho punible, sino porque se estimó que no se encontraba probada la atenuante de la ira, esto es, no por un error de procedimiento sino por un presunto yerro de juicio que, salvo los casos en que trasciende la validez de la actuación, no genera nulidad.

“Al disponer, indebidamente, la ineficacia de tal acta, el juez se arrogó, indebidamente, la facultad de modificar la acusación, en perjuicio del acusado, pues obligó a que se profiriera una segunda, sin la mentada atenuante, con lo que vulneró la estructura del proceso, no sólo por irrumpir en una función reservada a la Fiscalía, como lo es la acusatoria, sino, además, porque desconoció que, en ese momento procesal, la acusación había devenido intangible, por lo que ni el mismo fiscal podía variarla...” (M. P., Jorge Córdoba Poveda).

Ahora bien, no enjuga la irregularidad la posterior aceptación de responsabilidad en los términos del homicidio doloso y el trámite de sentencia anticipada a que dio lugar, tal como se había consignado en la calificación que repuso lo indebidamente anulado, porque la convalidación del acto irregular por el consentimiento del perjudicado, lógicamente atañe a derechos o garantías renunciables o disponibles por los sujetos procesales que la intentan. En efecto, enseña el mismo numeral 4° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, norma que trae las reglas que gobiernan las nulidades procesales, que la convalidación opera “siempre que se observen las garantías constitucionales”. La separación funcional entre acusación y juzgamiento, se repite, es una garantía prevista en la Constitución, que atañe a la estructura del proceso, y es precisamente la que se desconoció en el caso. Como se dice en la última decisión citada, no es posible el saneamiento porque se trata de un error de estructura y no de mera garantía.

En general, la estructura procesal es un objeto indisponible para las partes, salvo lo que en su momento y condicionalmente (sobre todo por voluntad clara del procesado),

se pueda adoptar en virtud de lo señalado en los artículos 37, 37A, 38, 39 y 369A-I del Código de Procedimiento Penal.

Conviene aclarar una posición equívoca del Procurador Delegado. Si se hubiera conservado la calificación por homicidio preterintencional, y uno de los sujetos procesales hipotéticamente acudiera en casación (el Ministerio Público, por ejemplo), aunque se trata de un presunto error de juicio, la reclamación debería hacerse por la causal tercera (nulidad), porque el yerro de mérito tendría efectos en la regularidad de la actuación, dado que no bastaría cambiar la sentencia de homicidio preterintencional a doloso, pues, así solamente, se generaría una incongruencia con la resolución acusatoria y, en ese orden de ideas, lo correcto sería proyectar la invalidez a partir de dicha pieza procesal. Algo más: no sería esta hipótesis esa suerte de nulidad por eventualidades, porque, de todas maneras, lo primero y fundamental que debe demostrar el actor son los patéticos errores de hecho o de derecho, como falsos juicios de existencia, de identidad o de legalidad que afectan la sentencia.

Otra confusión del Ministerio Público, que no es posible ignorar para que no produzca mayor perplejidad, es la atinente a la demanda de la responsabilidad objetiva por vía de casación. En verdad, tal figura está proscrita en un ordenamiento en el que rige el principio de culpabilidad, como el Colombiano (art. 5° C. P.), pero en sede extraordinaria basta señalar el error de juicio cometido por el fallador (causal 1ª), y solicitar consecuentemente la revocatoria de la sentencia condenatoria emitida con base en esa falsa apreciación, mas no la nulidad de la resolución acusatoria, porque la absolución que sigue se deberá a la falta de demostración de uno de los ingredientes del hecho punible.

Así las cosas, se casará la sentencia impugnada y se decretará la nulidad de la actuación procesal, a partir del auto del 4 de agosto de 1993. Con dicha medida reviven las calificaciones de primera y segunda instancia dictadas antes de dicha providencia, así

como la audiencia pública y demás actuaciones y pruebas que habían sido afectadas como consecuencia (fs. 187, 209, 297 y ss).

Una vez ejecutoriada esta decisión, el Tribunal regresará el proceso al Juzgado Séptimo Penal del Circuito, con el fin de que proceda a dictar sentencia, pues ya se había realizado la audiencia pública y el expediente había ingresado a despacho para tal menester (fs. 318).

No es necesario proveer sobre los demás cargos de la demanda.

Por 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:

Casar la sentencia de segunda instancia fechada 29 de marzo de 1995, obra del Tribunal Superior de Cartagena, en el sentido de decretar la nulidad de la actuación procesal a partir del auto del 4 de agosto de 1993, dictado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad.

Para la notificación de esta sentencia al detenido, se comisiona al Juzgado Penal del Circuito -reparto- de Riohacha, lugar en el cual se halla recluso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

FERNANDO

ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

DÍDIMO PAEZ VELANDIA
PINILLA

NILSON PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria.