

Proceso N° 12374

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta No. 199

Santafé de Bogotá, D.C, quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que en forma discrecional le concedió al defensor de la procesada FANNY PULIDO BARÓN, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio de la cual confirmó el fallo de condena proferido por la Juez Veintiséis Penal del Circuito de la misma ciudad, por el delito de tortura, con la reforma consistente en que el hecho punible corresponde al previsto en el artículo 279 del Código Penal, y no al descrito en el artículo 24 del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2266 de 1991, razón por la cual redujo la pena principal de sesenta y dos (62) a doce (12) meses de prisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 20 de agosto de 1992, ante la oficina de asignaciones de la Fiscalía General de la Nación de esta ciudad, la señora Hermelina Becerra Pérez presentó denuncia penal en contra de FANNY PULIDO BARÓN, por los supuestos delitos de

tentativa de homicidio y fraude procesal.

En la atestación hizo saber la denunciante que, en unión marital de hecho con el señor Henry Antonio Pulido Barón, habían procreado a su hija Lina Maritza Pulido Becerra y, por razón de la muerte de su compañero, comenzaron las desavenencias sobre la pertenencia de la masa hereditaria con la señora FANNY PULIDO BARÓN, hermana del finado, quien poseía un poder general del causante sólo hasta el momento de su fallecimiento, a pesar de lo cual la apoderada abusivamente vendió algunos bienes de la herencia.

Como la quejosa acudió ante diferentes autoridades judiciales, se desencadenó una polémica entre los pretensos herederos, pero la denunciada llegó al extremo de contratar los servicios de Carlos Henry Sander Gómez para que le diera muerte a aquella y a su hija, no sin antes someterlas a la intimidación por medio del envío de sendos sufragios, llamadas telefónicas amenazantes a altas horas de la noche, seguimientos en automotores y motocicletas hasta los lugares de trabajo y estudio, lo mismo que admoniciones y hasta vías de hecho en contra de los compañeros de Lina Maritza, con el fin de que se apartaran de ella y a fe que lo lograron, según conductas que realizaba el mencionado intermediario por cuenta de la imputada FANNY PULIDO BARÓN.

En razón de estos hechos, el Fiscal Treinta y Tres de la Unidad Segunda de Investigación Previa y Permanente de Santafé de Bogotá declaró la apertura de la instrucción el 17 de diciembre de 1992 (fs. 22).

Escuchada en indagatoria la imputada FANNY PULIDO BARÓN y allegados diferentes medios probatorios, tales como la transcripción de un "cassette" y el dictamen positivo sobre la muestra de voces que contenía conversaciones entre aquella dama y el individuo Sander Gómez, el Fiscal Ciento Once Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, al momento de resolver la situación jurídica (abril 30 de

1993), declaró la inexistencia jurídica del delito de homicidio en el grado de tentativa y, en consecuencia, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra de la imputada y, de una vez, declaró extinguida la acción penal en favor de la misma por el delito contra la vida, pero ordenó compulsar copias para investigar los posibles ilícitos de tortura o amenazas personales o familiares, supuestamente de competencia de la fiscalía regional (fs. 55 y 250).

El expediente se envió a la justicia especial regional, pero el fiscal encargado del caso declinó el conocimiento, en atención a que la competencia para investigar los delitos de amenazas personales o familiares era de los delegados ante los jueces del circuito, jurisdicción en la cual abrió formalmente la instrucción el fiscal 222 Delegado (277 y 290).

Escuchada en indagatoria FANNY PULIDO BARÓN, en razón de la nueva imputación, y declarado persona ausente Carlos Henry Sander GÓMEZ, en sendos proveídos posteriores fueron consecutivamente afectados con medida de aseguramiento de caución prendaria por el delito de amenazas personales, conforme con el artículo 26 del Decreto 180 de 1988 (fs. 310, 349, 381, 385, 387 y 397).

La imputación pasó del delito de amenazas personales o familiares al de tortura, según la previsión del artículo 279 del Código Penal, pues así lo dispuso la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior en resolución del 26 de agosto de 1994, por medio de la cual se atendió el recurso de apelación interpuesto en contra de la situación jurídica de la coprocesada Pulido Barón (Cuaderno Fiscalía 2ª instancia, fs. 5).

El 4 de enero de 1995, la Fiscal Cincuenta y Siete Delegada calificó el mérito sumarial y, tras advertir que compartía el criterio de la fiscalía de segunda instancia, aclaró que acusaba a los dos procesados por el delito de tortura en la modalidad de psicológica o moral, previsto en el artículo 279 del Código Penal y sancionado con pena de prisión que

oscila entre uno y tres años de prisión (fs. 425). Esta decisión quedó ejecutoriada el 7 de marzo de 1995 (fs. 457v.).

El juicio fue iniciado por la Juez Veintiséis Penal del Circuito, funcionaria que decretó de oficio la nulidad parcial del trámite respecto del acusado Sander Gómez, a partir de la notificación de la resolución de situación jurídica, en vista de la ausencia de defensa durante esa parte de la instrucción, razón por la cual se produjo la ruptura de la unidad de proceso y continuó el juzgamiento en relación con la procesada Pulido Barón, quien fue condenada por medio de sentencia del 31 de agosto de 1995 (fs. 463, 472 y 506).

Como el defensor de la procesada interpuso el recurso de apelación, el Tribunal Superior proveyó en el fallo fechado el 12 de enero de 1996, por medio del cual confirmó el sentido condenatorio de la sentencia de primer grado, pero le introdujo las modificaciones antes señaladas (cuaderno Tribunal, fs. 4).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Causal tercera. Con la consideración de que la sentencia del Tribunal proviene de un juicio viciado de nulidad, el demandante propone dos cargos como fundamento de la censura que por la causal tercera de casación formula.

De acuerdo con el primero, el censor acusa el fallo de haber violado el debido proceso y el derecho a la defensa, como producto de la transgresión directa de los artículos 1°, 333 y 362 del Código de Procedimiento Penal, lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 279 del Código Penal.

Dice que durante el desarrollo de la actuación que hubo de concluir con la condena de la procesada, existió absoluto descuido de los funcionarios judiciales, hecho

evidente de su confusión en el análisis y valoración de la prueba aportada al proceso, pues la fiscalía dio por establecido que la señora PULIDO BARÓN, en asocio de su sobrino Danilo Melo Pulido, había afectado fraudulentamente la masa herencial dejada por el difunto Henry Antonio Pulido Barón, lo cual suscitó una controversia entre éstos y Hermelina Becerra Pérez

-concubina del fallecido-, quien denunció a la mencionada dama por haber contratado a Carlos Henry Sander Gómez para que atentara contra su vida y la de su hija, amén de haberle promovido una violencia moral por medio de actos intimidatorios como el envío de sufragios y llamadas telefónicas de advertencia.

Es así como se omitió dar cumplimiento a las exigencias de los artículos 249 y 253 del C.P.P., en especial por parte de el fiscal 222 Delegado, cuando abrió nuevamente la etapa investigativa el 22 de noviembre de 1993, pero también por la fiscal 57, en el momento que dictó medida de aseguramiento y calificó el sumario con resolución acusatoria.

Adiciona la transgresión del artículo 360 del C. P. P., debido a que en la indagatoria rendida por la acusada el 3 de marzo de 1994, no se le interrogó sobre las supuestas llamadas como tampoco por el envío de sufragios, simplemente por el contenido de un "cassette", es decir, sólo por el hecho que ya había sido investigado y definido por la Fiscalía, no obstante que las sentencias proferidas por el injusto de tortura hacen relación a aquellas maniobras, lo que constituye manifiesto desconocimiento del debido proceso y del derecho a la defensa.

En este orden de ideas, continúa el casacionista, surtida la vista pública y proferido el fallo de condena que impone una pena de sesenta y dos (62) meses de prisión, para el Tribunal no mereció ningún comentario que el Juez de primer grado hubiera sancionado la conducta de acuerdo con el Decreto 180 de 1988, que sería de la órbita de la justicia

regional, sino que escuetamente se limitó a reducir la sanción a doce (12) meses, gesto de benevolencia para con la funcionaria a quo que contrasta con la inclemencia exhibida en contra de la procesada, pues, de un plumazo, le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, tras desconocer pronunciamientos de la Corte sobre la forma como tal decisión debe estar supeditada a un juicio razonable, proveniente de la valoración conjunta de la personalidad del sindicado, la modalidad y la naturaleza del hecho punible.

En el segundo cargo por vía de nulidad, el actor refiere la conculcación del principio denominado non bis in idem, que consagra el artículo 15 del C. P. P., el cual asegura fue desconocido por el Tribunal, dado que en la investigación adelantada por el fiscal 111 Delegado se tuvo en cuenta el hecho “de que Fanny Pulido había contratado al sujeto Carlos Sanders (sic) para atentar contra la vida de Hermelina Becerra y su hija, así mismo, que Sanders (sic) había hecho llegar algunos sufragios con amenazas de muerte, igualmente que Sanders (sic) entregó un cassette con la voz de ellos y que la denunciante había recibido llamadas telefónicas amenazantes”, conductas que más tarde fueron extinguidas por preclusión mediante proveído del 30 de abril de 1993, de tal manera que la fiscal 57 no podía nuevamente investigarlas, en vista de que la decisión había hecho tránsito a cosa juzgada, resultando indebido tomar hechos o circunstancias para una segunda o nueva investigación.

Prevalecía entonces la mentada resolución en la que hubo pronunciamiento sobre las circunstancias resaltadas, la que ejecutoriada hizo tránsito a cosa juzgada, dado que precluyó la investigación, sin embargo “cambiándose la denominación jurídica del delito, y tomando -irregularmente- las pruebas de un proceso fallado definitivamente, se condenó a Fanny Pulido Barón”, sin tener en cuenta el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, norma que se opone a la nueva averiguación punitiva por los mismos hechos, ni tampoco el artículo 10 del mismo estatuto, en relación con la favorabilidad. Para el libelista, basta comparar los medios de prueba y el análisis jurídico

que hiciera el fiscal 111, con la acusación y los fallos de instancia para comprobar su dicho.

Seguidamente, señala la precariedad en los fundamentos del fallo que están dados por la prueba trasladada, ya que los elementos de convicción recaudados en el proceso que culminó con la preclusión simplemente fueron llevados de éste al otro proceso, sin tenerse presente los artículos 186 y 255 del C. P. P. que señalan el camino de un legal traslado de la prueba.

Se trataría entonces de pruebas inexistentes, que no podían dar al Tribunal la certeza legal por haber dejado de ser producidas conforme con el derecho. La certeza sólo se logra mediante el ejercicio de contradicción, como uno de los elementos del derecho a la defensa, por consiguiente al tomar el ad quem irregularmente medios de prueba de un proceso fallado definitivamente, también violó el principio de contradicción, lo cual lleva a la nulidad de pleno derecho de la prueba aportada y no controvertida -artículo 29 de la Constitución-, pues en la determinación de la responsabilidad únicamente pueden considerarse los medios probatorios debidamente aportados al proceso y que hayan podido discutirse.

Solicita la casación del fallo y que, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 229 numeral 2° del C. P. P., se libere a la procesada de los cargos que otrora le fueron formulados en la acusación.

Causal primera. Único cargo subsidiario. De manera subsidiaria, el recurrente plantea la violación indirecta de la ley sustancial, debido a un error de hecho cometido por el Tribunal al tergiversar la prueba sobre la cual el fiscal 111 Delegado había llegado a la preclusión de la investigación dictada el 30 de abril de 1993, decisión que una vez ejecutoriada hizo tránsito a cosa juzgada “y contra esta decisión no era posible iniciar un nuevo proceso por los ‘mismos hechos’ así se le hubiera dado una

denominación distinta”.

Reitera que el fiscal 111 desconoció la prohibición contenida en el artículo 15 del C. P. P., en el sentido de no poder disponer el inicio de otra investigación con base en los mismos hechos, por lo que en el segundo proceso instruido y calificado por la fiscal 57 y que el Juzgado 26 del Circuito culminó con sentencia de condena, la juez “se vio obligada a tergiversar los mismos hechos analizados y fallados por otro despacho judicial. Se desconoció el principio de favorabilidad de la cosa juzgada”.

Recuerda la obligación que impone la técnica casacional de concretar el cargo y, a manera de resumen, afirma: “Al tergiversar el Tribunal la preclusión de la investigación de la Fiscalía 111 con el fin de darle una nueva denominación jurídica a hechos que ya estaban cobijados por el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, incurrió, el sentenciador, en ostensible error de hecho violando en forma y por falso juicio de identidad la ley sustancial en su artículo 279 del C.P. por aplicación indebida de la sentencia”.

Depreca que se case el fallo con la consiguiente aplicación del artículo 229 del C. P. P.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En contravía de la pretensión del demandante, el Procurador Primero Delegado en lo Penal sugiere que el fallo no sea casado, de acuerdo con las siguientes reflexiones:

Causal tercera. Primer cargo. Después de relacionar en detalle la debida forma como procede el ataque en casación tratándose de la causal tercera, afirma que no hay demostración de la clase de nulidad invocada, ni señalamiento de la actuación procesal que debe invalidarse, pero tampoco la manera como las presuntas irregularidades pudieron quebrantar la estructura del proceso y vulnerar el

derecho de defensa.

El recurrente se limitó a expresar, sin demostrarlo, el incumplimiento del principio de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba y la vulneración de la libertad probatoria, mas cuando refiere que a la procesada no se le interrogó en la injurada sobre los sufragios y las llamadas amenazantes, el reproche es infundado porque, si se observa el acto, otra cosa es lo que se infiere, además de contarse probatoriamente con la reproducción mecanográfica del “cassette” por el que se le preguntó en la diligencia, el mismo que contiene el diálogo sostenido entre la procesada y el individuo Sander Gómez, donde se hace mención de las llamadas y los sufragios.

Segundo cargo. Tras un recuento pormenorizado de las incidencias procesales desde el momento en que Hermelina Becerra Pérez denunció los hechos que llevaron al fiscal 111 a la preclusión del proceso en favor de la sindicada, por considerar que no se había cometido la tentativa de homicidio, sin perjuicio del ulterior trámite que permitió a la fiscal 57 proferir resolución de acusación por tortura y más tarde al Juzgado 26 Penal del Circuito la condena por el mismo injusto, la decisión asumida con respecto al delito contra la vida “no significa que la procesada quedaba liberada de los cargos que por tortura se le atribuían en la misma investigación”.

Aclara que si bien la preclusión obedeció a que no existió principio de ejecución del delito tentado, no es cierto que con ello la Fiscalía se refirió a todos los hechos imputados a la procesada, pues en relación con el envío de sufragios, las llamadas telefónicas y los seguimientos, dispuso su investigación separada por el posible punible de tortura.

Argumenta que no siempre un homicidio ha de estar precedido de amenazas hacia la víctima, por manera que si la investigación en principio adelantada por la Fiscalía concluyó al no haberse dado ejecución a los actos preparatorios (presunta contratación de

un tercero para dar muerte a la denunciante), los restantes hechos denunciados son constitutivos del ilícito de tortura, como lo determinó el juzgador en el fallo recurrido.

Del reproche consistente en que son nulas de pleno derecho las pruebas que sirvieron de fundamento a la sentencia, dice que también carece de sustento, en la medida en que por disposición del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal era posible su traslado.

En relación con la negativa del subrogado penal a la acusada, indica que es un reproche ajeno a la causal tercera y propio de la primera por transgresión a la ley sustancial, falencia con la cual se desatiende el principio de autonomía de las causales en casación.

Causal primera. Único cargo. Para el representante del Ministerio Público el cargo no tiene fundamentación, dado que si el demandante expresa que el fallador distorsionó la prueba sobre la cual el fiscal 111 había llegado a la preclusión, no señala los medios probatorios en que recayó el error y tampoco precisa la manera como fueron tergiversados, aspectos éstos inherentes al yerro de facto alegado.

De lo anterior deduce lo inmotivado de la supuesta transgresión del non bis in idem, que además exige identidad del hecho, supuesto que no se da.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Nulidad por violación del debido proceso. El demandante propone la nulidad por presunta transgresión del debido proceso, en favor de la sentenciada FANNY PULIDO BARÓN, si bien con indicación de los motivos previstos en los numerales 2 y 3 del artículo 304 del C.P.P., también es cierto que no revela a partir de qué momento procesal debe declararse la invalidez del trámite, omisión con la que se incumplen las exigencias técnicas del recurso extraordinario, las que igualmente deben tenerse en

cuenta en el contexto de la causal tercera.

La informalidad de la demanda se advierte aún más cuando el censor discute el grado de credibilidad sobre la base de “la evidente confusión con relación al (sic) análisis y valoración de la prueba aportada al proceso”, planteamiento que por ser propio de la causal primera de casación propicia al interior del cargo una dilogía, pues al mismo tiempo que sostiene tal hipótesis de violación indirecta advierte la conculcación de principios tales como el de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, de libertad probatoria, de investigación integral, así como la falta de verificación de citas hechas por el procesado en su favor, pero en todo caso sin desarrollar de manera metódica ninguna de dichas alternativas, salvo las precarias referencias sobre una aparente irregularidad del fiscal 222 al decidir “abrir nuevamente la etapa investigativa”, y la escueta manifestación de que el instructor dejó de interrogar a la procesada en la indagatoria sobre hechos constitutivos del delito de tortura por el que resultó acusada y más tarde condenada.

No obstante las falencias anotadas, al demandante tampoco le asiste la razón en esta censura. En primer lugar, la fiscal 222 Delegada no reabrió caprichosamente una investigación que antes se había culminado por preclusión, sino que inició otra diferente por una hipótesis delictiva concurrente de amenazas personales o familiares o tortura (fs. 290), con base en las copias ordenadas por el fiscal 111 en la resolución del 30 de abril de 1993, por medio de la cual declaró que no estaba probado el presunto delito de homicidio tentado, pero que no eran irrelevantes las acciones instrumentadas por la procesada tendientes a vulnerar la autonomía personal de las víctimas (fs. 264 y 265).

De tal suerte, el acto cumplía una misión procesal, por lo regular no menos importante en aras del adelantamiento de la investigación por una conducta punible, de ahí que en el mismo proveído en el numeral 2 se hubiese dispuesto escuchar a la señora FANNY PULIDO BARÓN en diligencia de indagatoria.

Ahora bien, en punto de la injurada, ha sido criterio de esta Corte el considerarla garantía procesal que tiende a asegurar el derecho de defensa del imputado, teniendo en cuenta que es la oportunidad que el Estado le brinda para conocer las acusaciones que se le hacen.

Sin embargo, también debe recordarse que la indagatoria no constituye un acto caracterizado por inamovibles fórmulas en la manera de interrogar sobre los hechos al que en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, o por haber sido sorprendido en flagrancia, se considere autor o partícipe de la infracción penal, sino además un mecanismo legal procesal a través del cual se vincula a la persona, sin someterla al juramento, y en el que el funcionario sólo se limita a exhortarla a que responda de una manera clara y precisa a las preguntas que se le hagan.

Lo importante es que el interrogatorio al imputado sea pertinente en relación con los hechos que originaron la vinculación, y que no haya limitaciones a su intervención o evasivas a sus requerimientos sobre las constancias y verificaciones que advierta necesarias para su defensa, pues las preguntas simplemente deben ser eficientes, en el sentido de abarcar, por lo menos fácticamente, la infracción o las infracciones imputadas al indagado, de tal forma que pueda ejercer la defensa sobre éstas.

Por eso el hecho de no interrogar por la base fáctica de alguna de las ilicitudes o hacerlo de manera deficiente, es lo que en últimas configura la violación a los principios del contradictorio y la defensa.

En este caso, no se advierten los vacíos u omisiones que sin concreción señala el defensor, en la medida en que como con acierto lo plasmó el Procurador Delegado, no es cierto que a la procesada se le haya dejado de indagar sobre las amenazas y el envío de sufragios

-hechos determinantes de la tipicidad del comportamiento atribuido-, pues, de acuerdo con la diligencia de indagatoria practicada el 3 de marzo de 1994, no cabe la menor duda de que cuando el funcionario la interrogó acerca del contenido del "cassette", que daba información sobre las presiones indebidas, ello es indicativo de la manera como a la imputada se le dieron a conocer los hechos constitutivos de la infracción por la que más tarde fue acusada y condenada, amén de que de entrada ella manifestó el conocimiento de la queja instaurada en su contra por la señora Hermelina Becerra Pérez "sobre unas denuncias de amenazas"-, hechos en relación con los cuales dio explicaciones libremente, hasta el punto de sostener que las grabaciones e imputaciones de amedrentamiento se debían a una confabulación de la denunciante con el sujeto Carlos Henry Sander Gómez, quien además actuaba estimulado por la paga (fs. 310 y siguientes).

Por lo demás, no sobra advertir que el conocimiento sobre los hechos que en tal sentido comprometían a la ciudadana, llegó a permitirle a su defensor atacar la mencionada prueba documental

-contentiva de las amenazas y el envío de sufragios -, de tal manera que en los alegatos de conclusión desconoció su valor legal con fundamento en tesis expuestas por la Fiscalía General (fs. 423 y 424).

De igual manera, no ha sido debidamente sustentado el cargo propuesto por la misma vía de la causal tercera, en el sentido de que el Tribunal no hizo ningún tipo de análisis sobre el error cometido por el a quo, cuando aplicó una norma de la justicia regional en perjuicio de la procesada, razón por la cual el revisor ad quem simplemente redujo la pena a un año de prisión y negó ad libitum el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Pues bien, en relación con la aplicación que el juzgado de conocimiento hizo del

artículo 24 del Decreto 180 de 1988, con el fin de sancionar el delito de tortura, ciertamente se sugiere un problema de incompetencia que daría lugar a nulidad de la actuación procesal, pues, como quiera que tal precepto, emitido en uso de las facultades de estado de sitio, fue convertido en legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2266 de 1991, entonces el conocimiento del hecho delictivo correspondería a los jueces regionales que en la oportunidad todavía existían, según lo previsto en el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, antes de la modificación introducida por el artículo 5° de la ley 504 de 1999.

Sin embargo, no puede perderse de vista que el artículo 24 del Decreto 180 de 1988 no subrogó el artículo 279 del Código Penal, sino que adicionó al ordenamiento jurídico penal la modalidad especial de “tortura con fines terroristas”, de acuerdo con la siguiente redacción:

“Artículo 24. Torturas. El que en cumplimiento de actividades terroristas, someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de 5 a 10 años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor” (se ha destacado).

Así entonces, la resolución acusatoria se expidió por el delito de tortura previsto en el artículo 279 del Código Penal, como infracción que atenta contra la autonomía personal, cuya pena oscila entre uno y tres años de prisión, y allí mismo se dejó plasmada la diferencia de tal figura delictiva con su homóloga prevista en el artículo 24 del Decreto 180 de 1988 (fs. 432).

De modo que el error fue cometido por la juez de primera instancia que, sin atender el principio de congruencia, condenó por la modalidad especial de tortura con fines terroristas, sin embargo de lo cual tal yerro fue enmendado por el Tribunal, como podía hacerlo porque no se trataba de empeorar sino de adecuar la situación jurídica de la

procesada (C. P. P., art. 217), máxime que así se garantizaba el debido proceso y la defensa al fallar de conformidad con la acusación.

Es que el fiscal acusador, en uso de los argumentos expuestos por su superior funcional en la resolución que revisó la medida de aseguramiento impuesta a la procesada, entendió que se trataba de intimidaciones desplegadas en el ámbito restringido de la comunicación entre dos personas o de miembros de una familia, sin connotación terrorista por su trascendencia al núcleo social, ni ánimo de desestabilizar las instituciones democráticas, ni dirigidas a causar alarma en la población (cuaderno principal, fs. 432 y 433; cuaderno fiscalía 2ª instancia, fs. 10, 11 y 12).

No hubo entonces silencio cómplice en el fallo cuestionado, por el contrario, se introdujeron los correctivos dentro de los límites de la competencia funcional y, en razón de dicho argumento adicional, tampoco puede prosperar la nulidad alegada.

En cuanto a la negación arbitraria del subrogado penal, no sólo es algo que así presentado riñe con la conformación de la causal de nulidad, sino que el actor tampoco enseña errores de hecho o de derecho que se hayan podido cometer, menos cuáles fueron los motivos repudiables para la falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal.

2. Otras transgresiones al debido proceso. En esta ocasión, el demandante propone la nulidad con base en tres planteamientos, a saber: la presunta violación del principio rector del ne bis in idem, el desconocimiento de las normas que rigen el traslado de la prueba y, una vez más, la indebida negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional en favor de la procesada.

2.1 Sobre la presunta violación del principio rector del ne bis in idem, sea lo primero afirmar que el censor en parte alguna indica cuál sería el motivo de invalidación de la actuación procesal, de conformidad con las causales señaladas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

La orientación del cargo busca poner de presente que en la investigación adelantada por el fiscal 111 Delegado se “tuvo en cuenta el hecho de que Fanny Pulido había contratado al sujeto Carlos Sanders (sic) para atentar contra la vida de Hermelina Becerra y su hija, así mismo que Sanders (sic) había hecho llegar algunos sufragios con amenazas de muerte, igualmente que Sanders (sic) entregó un cassette con la voz de ellos y que la denunciante había recibido llamadas telefónicas amenazantes”, razón por la cual la fiscal 57 no podía investigar los mismos hechos, así les haya cambiado la denominación jurídica, pues existía una decisión que tenía la característica de la cosa juzgada.

A pesar de la falencia formal antes indicada, al igual que en el cargo anterior, la Corte hará examen de la situación planteada en procura de las garantías fundamentales y la preservación de la facultad oficiosa que tiene a su cargo tratándose de las nulidades.

La garantía fundamental del ne bis in idem, consagrada internamente en el artículo 29 de la Constitución, y que se desarrolla como norma rectora en los artículos 9 y 15 de los códigos penal y de procedimiento penal, respectivamente, e internacionalmente reconocida en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos

-artículo 14, N° 7- y la Convención Americana de derechos humanos -artículo 8, N°4-, aceptados por Colombia mediante las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, impone la prohibición de la persecución penal múltiple por los mismos hechos, sin dar cabida al pretexto de una denominación jurídica distinta.

De tal manera que no es posible revivir una acción penal ya fenecida o que respecto de un mismo hecho puedan las autoridades penales perseguirlo simultáneamente, ni siquiera por razones de competencia, ya que para evitarlo existen normas sobre competencia a prevención y colisión de competencias (artículos 80 y 97 del C. P. P.).

En el caso subexamine, dice el demandante que la decisión adoptada por el fiscal 111 Delegado, fechada el 30 de abril de 1993, incluía aquellos hechos en virtud de los cuales posteriormente la fiscal 57 inició otro proceso, cuyo resultado fue la condena impuesta a la procesada por el injusto de tortura, conforme con el artículo 279 del Código Penal.

No empecé, en claro desconocimiento de la regla lógica de la razón suficiente, la cual se requería para la demostración cabal del cargo, lo que se encuentra es que el censor reconoce cómo en la parte resolutive de la mentada providencia el fiscal determinó que algunos de los hechos -envío de sufragios, llamadas telefónicas y seguimientos en vehículos-, por la relevancia penal que tenían no podían dejar de ser investigados por el competente porque constituían un delito diferente a aquél por el cual extinguía la acción penal, esto es, el de homicidio tentado.

En ese orden de ideas, el demandante no establece que los comportamientos que fueron objeto de conocimiento y decisión sean los mismos tenidos en cuenta en la ulterior investigación adelantada por el delito de tortura. En efecto, son dos acontecimientos históricos diferenciables: hacer llamadas telefónicas amenazantes, enviar sufragios e ir tras las rutas de las víctimas, son conductas que objetiva y subjetivamente, por sí solas, están encaminadas a violentar la autonomía personal, como bien jurídico tutelado en el Libro Segundo, título X, capítulo 3° del Código Penal; en cambio, contratar los servicios de un sujeto para que le de muerte a las mismas personas amenazadas, es un comportamiento que trasciende el ámbito de la libertad de

autodeterminación y se orienta a otro bien jurídico protegido que es la vida, así el fiscal competente haya declarado que el último acto era meramente preparatorio y no ejecutivo del delito de homicidio.

Es que, además de la discriminación por los bienes jurídicos amparados, adicionalmente son distintas las conductas rectoras materiales de los hechos punibles de tortura y homicidio tentado, pues en la primera consiste en “someter a otra persona a tortura física o síquica” (art. 279 C. P.), cometido que en este caso se logra mediante las llamadas telefónicas, los sufragios y los seguimientos; mientras que el principio de ejecución del delito contra la vida partiría de la exteriorización de una conducta que ingresara dañinamente en ese ámbito de relación, más allá de la afectación de la autodeterminación de las personas (art. 323 idem).

Por lo visto, el asedio psíquico a las víctimas fue un comportamiento básico distinto al de preparar o ejecutar la muerte de las mismas, que fáctica y jurídicamente le cumplen a dos tipicidades distintas, razón por la cual el primero (en sus variadas modalidades de llamadas, envíos documentales o seguimientos), no podía considerarse normativamente integrado como elemento o circunstancia del segundo. Se configuraba entonces un concurso material de delitos, de conformidad con el artículo 26 del Código Penal.

Así las cosas, la decisión tomada por el Fiscal 111 sobre un supuesto delito contra la vida en la modalidad tentada, bajo ningún punto de vista podía frenar una futura investigación referida a hechos cuyo carácter punible de manera inequívoca había definido la ley penal como constitutivos de tortura, por ende potencialmente transgresores del bien jurídico distinto de la autonomía personal.

De ahí el acierto del Procurador Delegado, quien para aclarar el asunto precisó que “no siempre el delito de homicidio ha de estar precedido de amenazas hacía la

víctima”, lo que al parecer es uno de los soportes del criterio del censor para afirmar que los hechos que sirvieron de apoyo para el esclarecimiento de la comisión del delito de tortura, eran los mismos que ya habían sido investigados como parte esencial del delito contra la vida; pero no, pues, como bien se lee en la resolución del Fiscal 111 Delegado, la extinción de la acción por el último injusto no fue determinada por una insuficiencia de daño o peligro en las llamadas, las amenazas o el envío de sufragios, sino en vista de la inejecución de actos concretos tendientes a eliminar la dama.

De esta forma, si bien en principio el fiscal instructor tuvo a su conocimiento la totalidad de los hechos denunciados por la señora Hermelina Becerra Pérez, no por lo mismo puede afirmarse que la medida tomada por él diera a entender que la decisión se refería a todos ellos, pues, por el contrario, el fundamento y la resolución resaltan que se fenecerá la acción penal por la conducta relacionada con la vida, pero que debían investigarse separadamente los comportamientos que autónomamente atacaban la libertad de autodeterminación, aunque en este último caso equivocadamente, en su momento, el funcionario señalaba una competencia distinta.

2.2 Ahora bien, en relación con el planteamiento referido a la prueba trasladada, otras de las vertientes del ataque por falta al debido proceso, debe de entrada decirse que la ilegalidad de los elementos de convicción no puede controvertirse en casación por medio de la causal tercera (nulidad), sino a través de la primera (violación indirecta de la ley sustancial), ya que en últimas el yerro judicial consistiría en apreciar unas pruebas que jurídicamente son inexistentes, lo que en la doctrina jurisprudencial ha recibido el nombre de error de derecho por falso juicio de legalidad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 29 de la Carta, “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, contenido normativo superior que indica que cuando se violan las formas sustanciales de cada medio probatorio o éste se introduce con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de

la prueba y no la nulidad de la actuación procesal.

Entonces, si hipotéticamente en el proceso no existieran otras pruebas válidamente evacuadas y suficientes para sostener la condena, admitida la irregularidad sustancial de las atacadas, debería optarse por la sentencia absolutoria y no por la invalidación del trámite, en aplicación de los principios de presunción de inocencia y el de la duda en favor del reo.

No obstante lo dicho, el recurrente pierde la orientación del recurso extraordinario y más bien asegura que también se violó el derecho a la defensa por falta de contradicción, sin parar mientes en que el requerimiento de la trascendencia de la irregularidad demanda una indicación de la manera concreta como se obstaculizó el conocimiento y el ataque de las pruebas, pues nada útil tributa al proceso y a las partes la desestimación de unos medios de convicción que todas maneras cumplieron el objetivo global para el cual fueron trasladados, esto es, ser advertidos y tener la posibilidad de ser afirmados o confutados por todos los sujetos procesales (C. P. P., arts. 186 y 255).

En efecto, a este proceso se trasladaron del trámite inicial, en copia auténtica, el dictamen espectrográfico y las inspecciones judiciales realizadas al Banco Popular, sucursal Las Nieves, al Banco Ganadero, sucursal Unicentro, y al proceso radicado número 0219, y, aunque se echa de menos la notificación prevista en el artículo 186 citado, no puede por ello acreditarse transgresión en detrimento de la procesada, pues días después de haberse logrado la incorporación de las mencionadas unidades de información al proceso -10 de marzo de 1994, folio 341- y antes de haberse decidido la situación jurídica de la imputada -15 de marzo de 1994, folio 349-, el defensor solicitó copias de toda la actuación procesal -folios 342 y 343-.

De modo que, según lo ocurrido con posterioridad a la irregularidad advertida, es dable entonces concluir que a la luz de la regla de la instrumentalidad de las

formas, el acto cumplió con la finalidad para la cual estaba destinado -artículo 308, numeral 1º-, motivo por el cual con la actitud del defensor a las claras quedó satisfecha la publicidad y la contradicción, elementos básicos del derecho a la defensa en materia de prueba trasladada.

En relación con la reincidencia en la censura por negación del sustituto penal de la condena de ejecución condicional, cobran vigencia los argumentos intercalados en respuesta a un cargo anterior.

Con todo, a pesar de la deficiencia técnica, tampoco se percibe la arbitrariedad que señala el demandante, pues debe decirse que la sentencia no se integra sólo con las conclusiones, sino que éstas se deben a las premisas, y en una de las cuales, de manera lógica, expresó el ad quem que “teniendo en cuenta las modalidades y gravedad del hecho delictivo realizado, lo perverso de los fines buscados y la personalidad de la procesada, no procede en su favor el otorgamiento de la condena de ejecución condicional”.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

3. Violación indirecta de la ley sustancial (cargo en subsidio). Esta objeción, planteada subsidiariamente por el censor, al igual que las anteriores, no está llamada a prosperar por sus carencias en la construcción del juicio técnico requerido por el recurso extraordinario de casación.

En efecto, el demandante propone la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho, “al tergiversar el Tribunal la preclusión de la investigación con el fin de darle una nueva denominación jurídica a hechos cobijados por el fenómeno jurídico de la cosa juzgada”; sin embargo no hace esfuerzo mínimo alguno por destacar cómo en verdad, sobre la supuesta base de que la decisión del fiscal 111 resultó distorsionada, el nuevo proceso seguido por tortura no contó con medios

probatorios diferentes, de tal manera que por ello el funcionario haya basado el fallo exclusivamente sobre un medio afectado por el error.

Es decir, el actor abandona el cargo en la mera opinión, pero olvida la insustituible obligación de demostrar la trascendencia del error, dada la naturaleza rogada del recurso y el ingreso de la sentencia a sede extraordinaria con las notas de acierto y legalidad, únicamente destronables a través de la adecuada formulación del cargo, la puesta de presente de los yerros y la potencialidad de éstos para derruirla por la falta ostensible de legalidad, razón de ser del recurso extraordinario, el cual no es una tercera instancia, como bien lo ha sostenido de manera pacífica la jurisprudencia de la Corte y la doctrina, sino un auténtico juicio de confrontación legal de las decisiones censuradas.

Desde este punto de vista, fácil es observar la persistencia del casacionista en el entendido de que los hechos por los cuales fue juzgada la señora Pulido Barón y encontrada responsable por el injusto de tortura, fueron los mismos que en su momento procesal llevaron al fiscal 111 a extinguir la acción penal en su favor por el delito de homicidio tentado, pero sin lograr adecuar su dicho al cargo que por causal primera presenta en esta oportunidad. Por lo demás, no obstante la informalidad, la determinación de su querer e inquietud sobre el tema del ne bis in idem, dio lugar a una respuesta que ya se extendió en párrafos precedentes.

Habrá de desestimarse el cargo.

En mérito a 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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

MARIO MANTILLA NOUGUES

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria.

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E MEJÍA ESCOBAR

No hay firma

NILSON PINILLA PINILLA